

## La *ratio* dell'obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale

di

Carlo Iannello\*

Sommario: 1. Un inedito coinvolgimento della Consulta. - 2. L'obbligo si confronta con il modello dell'art. 32 Cost. -3. Il funzionamento del SSN non può essere lo scopo dell'obbligo vaccinale. - 4. La sentenza n. 14/2023 e il nucleo indefettibile degli obblighi vaccinali. -5. La *ratio* dell'obbligo è la prevenzione dal contagio, ma si scorgono rischi per il futuro. -6. Una postilla sulle ordinanze in discussione il 23 e il 24 maggio.

### 1. Un inedito coinvolgimento della Consulta

A differenza di quanto accaduto in passato con riferimento alle leggi impositive dei trattamenti vaccinali, l'obbligo introdotto per i sanitari per il Sars-Cov-2 ha alimentato molteplici dubbi di legittimità costituzionale, determinando un coinvolgimento inedito del Giudice delle leggi<sup>1</sup>.

Sino ad ora, la Consulta è stata sollecitata ad intervenire attraverso 16 questioni di costituzionalità, che hanno sollevato plurimi dubbi di legittimità.

Un numero così elevato di qlc è in sé significativo.

Infatti, in primo luogo, c'è da tener in conto che fino al 22 marzo 2022 il «granitico»<sup>2</sup> orientamento dei giudici ordinari e amministrativi era nel senso di rigettare le

---

<sup>1</sup> Relazione del 22 marzo 2023 all'Università del Lazio meridionale al convegno dal titolo «La giurisprudenza costituzionale sull'obbligo vaccinale nella pandemia da Covid-19».

<sup>2</sup> Così M. ARMANNO, *L'istruttoria ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza, in Nuove autonomie*, numero speciale, 1-2022, 5

eccezioni di incostituzionalità<sup>3</sup>. Inoltre, in non pochi casi, anche dopo le sentenze della Consulta in commento, sono stati gli stessi giudici di merito ad accogliere *direttamente* le censure di costituzionalità<sup>4</sup>.

Nonostante ciò, in terzo luogo, si contano più ordinanze sull'art. 4, d.l. n. 44/2021, rimasto in vigore da aprile 2021 al 1° novembre 2022, rispetto a tutte quelle prodotte per gli *altri* obblighi vaccinali a partire dall'entrata in vigore della Costituzione. Si deve rilevare che della questione è stata interessata anche la Corte di Giustizia dell'UE, con una pluralità di quesiti<sup>5</sup>

Di queste 16 ordinanze, 12 sono state già decise. Con riferimento alle altre 4 si è ancora in attesa o di conoscere gli esiti della decisione (per la questione sollevata con ord. n. 118/2022, decisa il 4 aprile) oppure si è in attesa della discussione del 23<sup>6</sup> e 24<sup>7</sup> maggio e del 5 luglio<sup>8</sup>.

Il 30 novembre 2022 la Consulta si è pronunciata su 10 q/c. Le motivazioni sono state pubblicate il 9 febbraio 2023 e le relative sentenze hanno preso i numeri 14, 15 e 16/2023<sup>9</sup>.

Le molte ordinanze di rinvio erano state, infatti, suddivise in tre filoni.

---

<sup>3</sup> Cfr., Cons. St., III, n. 7045/202; Cass. pen. n. 14275/2022; TAR Friuli, I, n. 261/2021, Cons. St., III, n. 8454/2021, T.A.R. Lombardia, Milano, I, n. 109/2022, Cons. St., III, n. 583/2022, Tar Veneto, III, n. 1548/2022; Cons. St., III, 9948/2021; Trib. Genova 20 dicembre 2021.

<sup>4</sup> Si veda, dopo le sentenze del 2023 della Consulta, Trib. Pen. Mil. Napoli del 10.3.2023 che qualifica la propria interpretazione «costituzionalmente orientata»; Trib. di Firenze 27.3.2023. Prima delle sentenze del 2023 della Consulta molti giudici avevano accolto istanze dei lavoratori.

<sup>5</sup> Trib. di Padova, 13 dicembre 2021, in G.U. dell'UE del 28.3.2022 (Causa C-765/21) che formula 6 quesiti, uno dei quali è relativo all'obbligo per i guariti. Il giudice chiede alla Corte se «sia legittima una disciplina nazionale che consente al personale sanitario che è stato dichiarato esente dall'obbligo di vaccinazione di esercitare la propria attività a contatto con il paziente [...] mentre il sanitario che come la ricorrente — in quanto naturalmente immune a seguito di contagio — non voglia sottoporsi al vaccino senza approfondite indagini mediche, viene automaticamente sospeso da qualunque atto professionale e senza remunerazione».

<sup>6</sup> Ord. n. 135/2022.

<sup>7</sup> Ord. n. 136/2022.

<sup>8</sup> Ord. n. 153/2022.

<sup>9</sup> Rari i commenti alle ordinanze di rinvio: cfr. C. IANNELLO, *L'interpretatio abrogans dell'art. 32 Cost.*, Napoli, 2022, e pochi scritti ivi citati. Sulle sentenze del 2023 cfr. V. BALDINI, *L'emergenza sanitaria: tra stato di eccezione, trasformazione della costituzione e garanzie del pluralismo democratico. Aspetti problematici (e poco convincenti...) della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali*, 1/2023.

Un primo filone è stato dedicato alla questione avanzata il 22 marzo del 2022 dal CGARS, che si segnala anche per essere stata la prima. Essa contestava, con motivazioni molto singolari, come si vedrà più avanti, la legittimità dell'obbligo rispetto al parametro dell'art. 32 Cost. Tale questione è stata decisa con la sentenza n. 14/2023.

Un secondo filone ha riguardato 10 ordinanze che dubitavano, principalmente, della costituzionalità delle conseguenze derivanti dal mancato adempimento dell'obbligo. Infatti, mentre la disciplina iniziale prevedeva, per i non vaccinati, il *repêchage*, cioè la loro collocazione in un ambito di lavoro non a contatto con i pazienti, in un secondo momento la conseguenza della mancata vaccinazione è diventata la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, senza neppure il godimento di un assegno alimentare e senza che vi fosse possibilità, per il datore, di verificare il concreto pericolo di contagio. In queste ordinanze, i parametri di costituzionalità sono stati soprattutto gli artt. 4 e 36 Cost. al fine di mettere in luce il significato costituzionale della retribuzione, sollecitando la Consulta anche sulla mancata previsione di un assegno alimentare. In queste ordinanze era stato utilizzato come *tertium comparationis* del giudizio di ragionevolezza la disciplina che prevede la corresponsione di un assegno alimentare per il lavoratore sospeso per procedimento disciplinare o penale. Una sola di esse, proveniente dal Trib. di Padova, aveva messo in dubbio la compatibilità della disciplina rispetto al modello dell'obbligo vaccinale previsto dall'art. 32 Cost. e precisato dalla giurisprudenza costituzionale. Tale ordinanza (che si sarebbe anche potuta unire a quella promossa dal CGARS, in quanto entrambi i giudici avanzavano dubbi di compatibilità della legge con il modello costituzionale di obbligo vaccinale) è stata decisa unitamente a quelle di contenuto lavoristico. Devono essere state considerate prevalenti le analogie relative al *petitum*. Queste ordinanze sono state decise con la sentenza n. 15/2023.

Infine, un'ultima ordinanza, decisa con la sentenza n. 16/2023, aveva sollevato il dubbio di legittimità per l'irragionevolezza della legge che impediva ogni valutazione sul pericolo di contagio provocato dal non vaccinato, di modo che era

stata inibita a una psicologa lo svolgimento di sedute di terapia psicologica a distanza.

## 2. L'obbligo si confronta con il modello dell'art. 32 Cost.

Queste ordinanze hanno un tratto in comune, che le differenzia dalle precedenti: per la prima volta i giudici *a quibus* hanno sollevato dubbi sulla compatibilità di una legge impositiva del trattamento sanitario con il modello di obbligo vaccinale, così come definito dall'art. 32 Cost. e precisato dalla giurisprudenza costituzionale. Infatti, ad essere censurati sono stati o la mancanza del beneficio per la salute dei terzi o l'insicurezza del vaccino o le conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo.

È questo, probabilmente, l'elemento da cui emerge limpidamente la discontinuità rispetto al passato: le vicende da cui le recenti ordinanze sono scaturite erano relative a giudizi in cui i cittadini hanno chiesto che fosse riconosciuta la legittimità del *rifiuto* di vaccinarsi. Al contrario, la pregressa giurisprudenza è stata costruita intorno alle conseguenze costituzionalmente imposte rispetto ai *danni* provocati dal vaccino, dopo l'adempimento *spontaneo* dell'obbligo (una giurisprudenza che si potrebbe definire sui danni da vaccinazione)<sup>10</sup>.

Le questioni poste alla Consulta in tema di obbligo vaccinale sono state pertanto nuove, perché si è contestata o la costituzionalità della disciplina con riferimento al parametro di cui all'art. 32 Cost. (per mancanza del presupposto o del requisito di costituzionalità) o la legittimità<sup>11</sup> (ai sensi degli artt. 2, 3, 4, 36 e 32 Cost.) delle

---

<sup>10</sup> Cfr. Corte Cost. 307/1990; n.118/1996; n. 268/2017. In pochi precedenti le qle hanno riguardato un rifiuto di vaccinazione e la Consulta non è entrata nel merito, rilevando l'inammissibilità: cfr. sentenza n. 142/1983, n. 258/1994; l'ord. n. 262/2004 (di segno opposto cfr. Corte Cost. n. 132/1992). Anche la questione sul d.l. 73/2017 è arrivata all'esame della Consulta attraverso un'impugnazione della regione Veneto. Corte Cost. n. 218/1994, invece, riguarda un trattamento diagnostico per la ricerca dell'HIV.

<sup>11</sup> La l. n. 292/1963, ad esempio, all'art. 1, co. 2, ha previsto l'obbligo «*a partire dalle nuove leve di lavoro*».

conseguenze automatiche dell'inadempimento (indipendentemente, cioè, da una valutazione del pericolo epidemiologico determinato dal non vaccinato).

Tale novità di approccio al giudizio costituzionale altro non è se non il riflesso processuale di una discontinuità netta del diritto sostanziale. Il rapporto consolidato tra obbligo (ed onere) vaccinale e limitazioni conseguenti all'inadempimento non è stato replicato nel corso dell'epidemia dovuta al Sars-Cov-2<sup>12</sup>.

Nonostante le profonde differenze costituzionali tra il periodo pre e post repubblicano, è sempre esistita una continuità delle politiche in tema di vaccinazione obbligatoria nel rapporto tra la libertà e il suo limite. L'adempimento dell'obbligo (o dell'onere) vaccinale è sempre stata considerata una condizione per la partecipazione ad *una* sola attività della vita sociale<sup>13</sup>. Inoltre, l'obbligo è stato normalmente introdotto con valenza solo per il futuro<sup>14</sup>.

Durante l'epidemia di Sars-Cov-2 ne è uscito capovolto il rapporto tra la regola (la libertà) e l'eccezione (la sua limitazione). L'inadempimento dell'obbligo o dell'onere (cd. certificato verde, specie nella sua seconda versione) impedivano ai non vaccinati lo svolgimento del lavoro (senza alcuna retribuzione), nonché la partecipazione alla vita sociale, a partire dai 12 anni di età. Ad uscirne capovolto è stato.

### **3. Il funzionamento del SSN non può essere lo scopo dell'obbligo vaccinale**

Come osservato, il 30 novembre 2022 la Corte ha definito una pluralità di qlc. Fra le sentenze pronunciate, quella di maggior interesse per la definizione del modello di obbligo vaccinale è la numero 14, perché indugia sul presupposto di

---

<sup>12</sup> In Italia l'obbligo fu introdotto con il R. D. n. 1265/1934 (antivaiolosa), poi con l. l. n. 891/1939 (antidifterica).

<sup>13</sup> Peraltro, le leggi impositive dell'obbligo, anche del periodo pre-repubblicano, erano attente a rispettare il principio di non retroattività della legge. La l. n. 891/1939 si applicava «*per la prima ammissione alle scuole primarie*» (art. 3, co. 1).

<sup>14</sup> Cfr., inoltre, la stessa legge sulla vaccinazione antitetanica nei luoghi di lavoro del 1963.

costituzionalità, cioè sulla finalità perseguita dal legislatore attraverso l'imposizione del trattamento. Prima di passare all'analisi di tale decisione, pare comunque opportuno spendere alcune parole sulle sentenze n. 16 e 15/2023.

Ad originare la sentenza n. 16 è stata una questione sollevata dal Tar Lombardia in una controversia instaurata da una psicologa sospesa dall'albo perché non vaccinata. La psicologa lamentava l'irragionevolezza di una sospensione che le impediva di praticare anche le terapie da remoto, cosa che faceva da tempo, per pazienti non residenti in Italia. La q/c era pertanto stata impostata sulla base del difetto di ragionevolezza per incongruità tra il fine perseguito e i mezzi impiegati. La Consulta ha però ritenuto la questione inammissibile in quanto proveniente da un giudice non fornito di giurisdizione, in conformità a quanto sancito dalle Sezioni Unite<sup>15</sup>.

Occorre rilevare che le conseguenze pratiche di questa decisione potrebbero essere più rilevanti di quanto si possa immaginare. Avallando l'orientamento della Cassazione, questa decisione potrebbe produrre una moltiplicazione dei ricorsi. Infatti, certamente la psicologa in questione potrà riassumere il giudizio davanti al g.o. e, in quella sede, sollevare una nuova eccezione di incostituzionalità. Inoltre, la medesima cosa potrà essere fatta da tutti gli altri professionisti sospesi, i quali potranno ricorrere al g.o. entro il termine di prescrizione (nonostante il termine decadenziale di 60 giorni per il ricorso al Tar sia già spirato).

Come sopra osservato, la sentenza n. 15/2023 ha riunito ben 10 ordinanze sollevate da diversi tribunali (Brescia, Catania, Padova) nonché dal TAR Lombardia.

I dubbi di costituzionalità fatti valere in tali ordinanze hanno riguardato le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo, cioè la perdita della retribuzione, non compensata nemmeno da un assegno alimentare.

Diversi sono gli elementi di interesse della sentenza n. 15/2023.

In primo luogo, essa chiarisce un dato che era stato incredibilmente revocato in dubbio nel dibattito pubblico durante le fasi più confuse della gestione della pandemia: chi non si vaccina, è ribadito in più punti, esercita un diritto

---

<sup>15</sup> Cass. civ., sez. un., ord. n. 28429/2022; cfr., inoltre, Cons. St. n. 8434/2022.

fondamentale<sup>16</sup>. Ed è proprio in base a tale presupposto che la Consulta conferma quanto precisato nella legge, cioè che la sospensione dal lavoro, conseguenza della mancata vaccinazione, non è una sanzione. Sarebbe, infatti, del tutto contraddittorio sanzionare un lavoratore in quanto esercita un proprio diritto «fondamentale». Conseguentemente, la Consulta, ha espressamente qualificato «legittima»<sup>17</sup> la scelta del lavoratore.

Fatta questa premessa, che non si può non condividere, la Consulta non ha corretto le gravi conseguenze legate all'inadempimento dell'obbligo.

La sospensione dal servizio, l'assenza di retribuzione e finanche la mancata corresponsione di un assegno alimentare ne sono usciti imprejudicati.

La Consulta ha sviluppato un'argomentazione all'interno della logica privatistica, osservando che se vi è un'interruzione del sinallagma contrattuale, la retribuzione non trova giustificazione<sup>18</sup>. Nessuna riflessione sul valore costituzionale della retribuzione e sul «rispetto della persona umana».

La medesima logica ha mosso l'argomentazione anche con riferimento alla questione dell'assegno alimentare.

La Consulta ha osservato che il termine di paragone invocato dai giudici *a quibus* non è pertinente: sul datore di lavoro ricade l'onere economico dell'assegno alimentare perché sua è la decisione di sospendere il lavoratore coinvolto in un procedimento disciplinare o penale. Nel caso in questione, invece, la sospensione discende automaticamente dalla legge. Il paragone tra il lavoratore sospeso per processo penale e per mancata vaccinazione non è congruo, fondandosi su diversi presupposti. La scelta su chi deve sostenere l'onere dell'assegno alimentare non si presenta, pertanto, come soluzione a rime obbligate<sup>19</sup>.

Se il richiamo alla limitatezza dei poteri discrezionali del giudice costituzionale è quanto mai opportuna, non si può evitare di segnalare l'insoddisfazione per

---

<sup>16</sup> Cfr., fra i tanti passaggi, il punto 12.2.

<sup>17</sup> Cfr. punto 14.5.

<sup>18</sup> Cfr. punto 14.3.

<sup>19</sup> Cfr. il punto 14.5.: «rimane smentita la conclusione che configuri quale soluzione costituzionalmente obbligata l'accollo al datore di lavoro della erogazione solidaristica [...] di una provvidenza di natura assistenziale, esulante dai diritti di lavoro, atta a garantire la soddisfazione delle esigenze di vita del dipendente e della sua famiglia».

L'argomentazione seguita, in cui non si avverte alcuna preoccupazione per gli esiti di un bilanciamento che, stando all'intrinseco ragionamento svolto dalla stessa Corte, bilancia davvero poco, lasciando del tutto insoddisfatto uno dei due termini (l'autodeterminazione terapeutica). Se infatti la Consulta chiarisce che il rifiuto di vaccinarsi è esercizio di un diritto fondamentale per cui (logicamente e per la rilevanza dei diritti costituzionali coinvolti) la sospensione non è una sanzione, è evidente che la soluzione individuata dal legislatore è insoddisfacente, così come la conclusione cui giunge la Consulta. In molte altre occasioni, infatti, di fronte a una situazione di tale tipo, pur lasciando impregiudicata la disciplina, la Corte ha pronunciato un monito, richiamando il legislatore a una scelta più bilanciata per il futuro.

Si avverte l'insufficienza di un ragionamento condotto più alla luce del codice civile che della Costituzione. Nessun cenno è riservato, anche solo come indicazione per il futuro, al fondamento della Repubblica (il lavoro), e al «rispetto della persona umana», tratto caratterizzante l'art. 32 e l'intera Costituzione. In particolare, i Costituenti, con questo controlimite, presidio della sola libertà di cura, espressero un concetto persino più ampio di quello di dignità, perché «il rispetto della persona umana» la comprende, senza esaurirsi in essa<sup>20</sup>.

Pare superfluo rilevare che la perdita della retribuzione, non compensata nemmeno da un assegno alimentare<sup>21</sup>, nella vita della persona concreta, dell'*homme situé*<sup>22</sup>, è una conseguenza che può rilevarsi persino più dura della privazione della libertà personale, poco contando, per chi ne subisce le conseguenze, che formalmente non sia una sanzione.

La libertà sancita dall'art. 32 Cost., ad onta del controlimite, che ne avrebbe voluto garantire l'intangibilità, o per lo meno la non completa soppressione in caso di

---

<sup>20</sup> Cfr., sul punto, S. RODOTÀ, *La dignità della persona umana*, 2011, sul sito [www.unipd.it](http://www.unipd.it): «Prima s'era scritto della dignità, ma la dignità è sembrata in quel momento una parzialità: la dignità è una qualità della persona insieme ad altre – la libertà, l'eguaglianza: si è voluta dare un'indicazione più forte, richiamando nella sua totalità la persona umana da rispettare».

<sup>21</sup> Un tentativo di bilanciamento era stato compiuto dalla versione iniziale del d.l. n. 44/2021, con il *repêchage*.

<sup>22</sup> G. BURDEAU, *Democrazia*, Enc. Nov., *Treccani.it*; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, 15 ss.



bilanciamento, rimane priva di tutela. Potrebbe apparire azzardato il paragone, ma pare veder riaffiorare elementi del positivismo ottocentesco, in cui i diritti non avevano un contenuto inderogabile dal legislatore.

Ponendo l'attenzione su questi aspetti, dopo aver espressamente affermato che la scelta di non vaccinarsi è espressione di un diritto fondamentale, la Consulta (anche solo per un'esigenza di coerenza) avrebbe perlomeno potuto formulare un monito per il legislatore che, pur senza annullare la disciplina, gli indicasse la strada da seguire, in futuro, per realizzare un bilanciamento in cui il diritto di autodeterminazione alle cure non fosse così radicalmente conculcato.

Ma c'è un punto della sentenza n. 15 che suscita preoccupazione, perché non si limita a chiudere una vicenda passata, ma apre uno spiraglio, seppure piccolo, per fondare, nel futuro, eventuali politiche di obblighi vaccinali al di là della *ratio* consolidata.

Questa decisione, infatti, sebbene ricalchi la sentenza n. 14, che analizzeremo più avanti, condividendone il ragionamento sul presupposto costituzionale (cioè che le politiche di obbligo vaccinale sono ancorate *indefettibilmente* alla protezione della salute dei terzi), in un punto va oltre questa logica.

Si tratta di un passaggio non essenziale ai fini della decisione, in cui si allargano le maglie della *ratio* dell'obbligo vaccinale. Poiché uno dei giudici remittenti, preso atto della non incidenza del vaccino sulla diffusione del virus, aveva osservato che il tampone era misura più efficace per garantire tale scopo, la Consulta ha obiettato che l'uso del tampone non avrebbe avuto alcuna capacità di «prevenire la malattia (specie grave) degli stessi operatori». In tal modo, non si sarebbe potuto evitare il «rischio di compromettere il funzionamento del SSN»<sup>23</sup>.

Questa affermazione contiene due argomenti: se il primo è di particolare interesse, il secondo sconfinava dalla *ratio* dell'obbligo vaccinale (quindi dalla logica).

---

<sup>23</sup> Cfr. Corte Cost. n. 15/2023, punto 11.3, ove si legge: «[...] [il tampone] sarebbe stato del tutto inidoneo a prevenire la malattia (specie grave) degli stessi operatori, con il conseguente rischio di compromettere il funzionamento del SSN». Se lo scopo perseguito fosse quello di preservare il SSN, che senso avrebbe impedire al dipendente non vaccinato di prestare la propria opera a favore di quel servizio che il cui funzionamento dovrebbe preservare? L'argomento, se non coincide con quello del CGARS, apre anch'esso la strada a uno stravolgimento della *ratio* dell'obbligo.

Il primo argomento è che la Consulta non contrasta la circostanza che il Tribunale aveva acquisito come «fatto notorio», cioè che il vaccino non blocca il contagio, ipotizzando, quindi, la maggior efficacia del tampone a tale scopo. Questo «fatto notorio» è, anzi, la premessa su cui si regge il secondo argomento, che esaminiamo di seguito<sup>24</sup>.

Tale argomento, invece, ribalta la logica (ordinaria e giuridica) che sorregge l'obbligo di vaccinazione, perché lascia ipotizzare che il bene da proteggere non debba essere *esclusivamente* la salute dei terzi, ma possa essere, *alternativamente*, il funzionamento del SSN. Così ragionando, tuttavia, la disciplina impugnata non reggerebbe ad uno scrutinio logico. Se così fosse, infatti, non vi sarebbe giustificazione per la sospensione del lavoratore. Se lo scopo dell'obbligo non fosse quello di proteggere la salute dei terzi dalla diffusione del contagio, ma salvaguardare la funzionalità del SSN impedendo ai lavoratori di ammalarsi, la sola misura priva di ogni senso sarebbe proprio quella della sospensione del lavoratore dal servizio.

Nelle medesime contraddizioni si imbatterebbe una legge che imponesse un obbligo di vaccinazione su queste premesse (il)logiche.

È ragionevole ritenere, tuttavia, che tale passaggio resti confinato in questo infelice *obiter dictum*, in quanto non solo la stessa sentenza n. 15 ribadisce che la *ratio* dell'obbligo vaccinale risiede proprio nella prevenzione dal contagio, richiamata innumerevoli volte<sup>25</sup>, ma anch'essa, come la 14, in tanto giustifica la legittimità della legge in quanto dà valore alle informazioni che il legislatore possedeva nella primavera 2021, che facevano apparire l'obbligo in questione «non sproporzionato» e «non irragionevole» per il perseguimento dell'obiettivo dichiarato: la prevenzione dal contagio. Inoltre, la sentenza 14/2023, dedicata quasi interamente a tale aspetto,

---

<sup>24</sup> Proprio l'inefficacia del vaccino a prevenire il contagio, nell'economia della sentenza n. 15 ma anche della n. 14, è il presupposto su cui si fonda buona parte della motivazione: che l'obbligo per il Sars-Cov-2 abbia rappresentato una politica di tutela della salute pubblica, infatti, la Consulta lo riesce ad affermare solo ponendosi «di quel momento storico», alla luce delle informazioni disponibili «al momento», che lasciavano ipotizzare la capacità del vaccino di prevenire l'infezione.

<sup>25</sup> L'espressione «rischio di diffusione del contagio» ricorre spesso nella decisione: Corte Cost. n. 15/2023, punti n. 11.1, n. 11.2, n. 12.1, n. 13.3, n. 13.4 tre volte, n. 13.5.

come si vedrà tra breve, ha tenuto ferma la consolidata *ratio* (la protezione della salute dei terzi) nonostante fosse stata spinta a rivederla proprio dall'ordinanza di remissione, che revocava in dubbio, incredibilmente, questo principio.

#### **4. La sentenza n. 14/2023 e il nucleo indefettibile degli obblighi vaccinali.**

La sentenza n. 14/2023 necessita di valutazione critica nel senso autentico del termine, per *discernere* tra principio giuridico affermato e soluzione concreta del caso. Essa, infatti, nella sua motivazione, ribadisce la piena validità della consolidata e corretta *ratio* dell'obbligo. Il ragionamento è articolato perché, per confermare tale *ratio*, deve dribblare la circostanza di fatto di un vaccino che non ferma il contagio; circostanza assunta dal giudice *a quo* come «fatto notorio», che la Consulta non contesta e su cui fonda il proprio ragionamento.

Attraverso un abile iter argomentativo, il Giudice costituzionale è riuscito nel complesso compito di fare salve, allo stesso tempo, la razionalità dell'obbligo vaccinale e il d.l. 44/2021, nonostante l'esperienza quotidiana ne avesse messo in dubbio l'idoneità a interpretare una politica di tutela della salute pubblica.

Una sentenza, pertanto, che se lascia insoddisfatta la tutela delle posizioni soggettive del ricorrente, ha il merito di ribadire la validità della consolidata *ratio* costituzionale dell'obbligo vaccinale. Si può, dunque, ritenere che siano proprio queste le indicazioni che dovranno valere per il futuro, nel caso (da nessuno auspicato) che ci dovessimo trovare ad affrontare simili situazioni.

Passando al contenuto della sentenza, pare il caso di evidenziare che il compito cui è stato chiamato il giudice costituzionale era aggravato da un'ordinanza di rinvio insidiosa.

L'ordinanza del CGARS, infatti, focalizzava i dubbi sul requisito del beneficio individuale, precisamente, sulla mancanza di sicurezza del farmaco, ma costruiva il suo ragionamento su un'interpretazione che aveva come conseguenza il ribaltamento del *presupposto* costituzionale dell'obbligo (il beneficio per la salute

pubblica); un ragionamento che, ove fosse stato condiviso dalla Consulta, avrebbe posto le premesse per un'interpretazione abrogatrice dell'art. 32 Cost.<sup>26</sup>.

Pare pertanto opportuno dedicare la dovuta attenzione al ragionamento del CGARS, che ha pronunciato due ordinanze: una istruttoria il 17 gennaio 2022 e l'ordinanza di rinvio il 22 marzo 2022.

Il CGARS è stato interessato nella sua qualità di giudice di secondo grado da un ricorso presentato da un tirocinante per le professioni sanitarie che il 27 aprile 2021 era stato escluso dal tirocinio dal Rettore dell'Università di Palermo perché non vaccinato.

Il Tar non aveva accolto le censure formulate dalla difesa<sup>27</sup>, ed aveva altresì dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità.

La difesa del tirocinante sosteneva la non applicabilità dell'obbligo all'assistito perché esteso ai tirocinanti solo in tempi successivi a quello dell'adozione dell'atto da parte del Rettore, conformemente, peraltro, a quanto sostenuto in dottrina<sup>28</sup>. Solo a partire dal 26 novembre 2021, col d.l. n. 172, tale categoria diventa destinataria dell'obbligo; inoltre, la difesa faceva valere anche la condizione dello studente, guarito dal Covid-19, per escludere la sua sottomissione all'obbligo.

Davanti al CGARS sono stati riproposti tali motivi, ivi compresa l'eccezione di incostituzionalità. Proprio a fronte di tale eccezione, il collegio ha pronunciato un'ordinanza istruttoria, volta ad acquisire elementi utili per valutare la «non manifesta infondatezza», posto che aveva ritenuto «rilevante» la questione, sposando la tesi del giudice di prime cure (la cogenza dell'obbligo per il tirocinante a partire da aprile 2021, ricorrendo identità di *ratio* rispetto al personale sanitario: la protezione della salute dei pazienti).

Il CGARS, tramite l'ordinanza istruttoria del 17 gennaio 2022, intendeva approfondire aspetti medici: sulla sicurezza ed efficacia del vaccino, sull'attività di

---

<sup>26</sup> Si rinvia nuovamente al mio mio *L'interpretatio abrogans dell'art. 32 della Costituzione*, cit.

<sup>27</sup> Tar Sicilia, I, ord. n. 1309/2021.

<sup>28</sup> G. VERDE, *Questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021*, in *Nuove Autonomie*, numero speciale I-2022, 25 e ss.; A. ZITO, *Pandemia ed obbligo vaccinale*, ivi, 262 e ss.

farmacovigilanza, sul ruolo dei medici di base e, infine, sulle modalità di raccolta del consenso informato.

A tal fine ha nominato un collegio di esperti<sup>29</sup>.

Con riferimento all'oggetto della presente riflessione, si deve rilevare che, fino all'ordinanza istruttoria, lo stesso CGARS confermava la tradizionale *ratio* dell'obbligo vaccinale<sup>30</sup>, individuata nella protezione diretta della salute dei terzi, così come aveva fatto il Consiglio di Stato.

Infatti, non solo il CGARS aveva richiamato a gennaio la posizione da poco espressa dal Consiglio di Stato sul punto (che aveva rigettato l'eccezione di incostituzionalità affermando l'«*esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati*»)<sup>31</sup> ma aveva anche formulato uno specifico quesito in tal senso<sup>32</sup>, in coerenza con il ruolo della prevenzione del contagio come requisito *indefettibile* di ogni obbligo vaccinale<sup>33</sup>.

Nell'ordinanza di rimessione del 22 marzo 2022, invece, l'orientamento del collegio, inaspettatamente, si modifica.

Come è noto, il CGARS prende atto «empiricamente» che la vaccinazione non garantisce «l'immunità da contagio, sicché gli stessi vaccinati possono contagiarsi e, a loro volta, contagiare».

Tuttavia, tale evidenza non solo non viene utilizzata per sollevare la questione, ma viene addirittura giustificata, mettendo a rischio la *ratio* stessa dell'obbligo.

---

<sup>29</sup> Composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del CSS presso il Ministero della salute e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria

<sup>30</sup> Ord. istruttoria del CGARS del 17 gennaio 2022. Cfr. anche il punto 8.1. della medesima.

<sup>31</sup> Cfr. Cons. St., III, n. 7045/2021, punto 27.9. «[...] la posizione della comunità scientifica internazionale, alla luce delle ricerche più recenti, è nel senso che la fase di eliminazione virale nasofaringea, nel gruppo dei vaccinati, è tanto breve da apparire quasi impercettibile, *con sostanziale esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati*»

<sup>32</sup> Cfr. la domanda 3.1. con cui si chiede «la trasmissione dei dati attualmente raccolti dall'amministrazione in ordine all'efficacia dei vaccini, con specifico riferimento al numero dei vaccinati che risultino essere stati egualmente contagiati dal virus (ceppo originario e/o varianti), sia il totale sia i numeri parziali di vaccinati con una due e tre dosi».

<sup>33</sup> Così, sempre nel 2022, Cons. St., decr. Pres., III, n. 583/2022. Cfr. Carlos FRANCO-PAREDES, *Transmissibility of SARS-CoV-2 among fully vaccinated individuals* in "The Lancet", 22 gennaio 2022, n. 16: «the impact of vaccination on community transmission of circulating variants of SARS-CoV-2 appeared to be not significantly different from the impact among unvaccinated people».

Secondo il CGARS, infatti, la vaccinazione «risulta efficace nel contenere decessi ed ospedalizzazioni, proteggendo le persone dalle conseguenze gravi della malattia». Da tale attitudine del vaccino, secondo il CGARS, deriva «un conseguente *duplice beneficio*: per il singolo vaccinato, il quale evita lo sviluppo di patologie gravi; per il sistema sanitario, a carico del quale viene allentata la pressione»<sup>34</sup>.

Così ragionando, il CGARS entra in contraddizioni plurime con le sue stesse posizioni.

Infatti, non solo contraddice l'ordinanza istruttoria, ma finisce per contraddire anche quanto scritto solo poche pagine prima nell'ordinanza di rinvio, quando ha ritenuto «rilevante» la questione in quanto il tirocinante era soggetto all'obbligo fin dall'aprile 2021. Il CGARS, infatti, come accennato, ha affermato la rilevanza della questione perché per il tirocinante esisteva identità della *ratio* (frequentando le corsie degli ospedali, al pari dei medici e degli infermieri, il tirocinante avrebbe potuto trasmettere il virus ai pazienti)<sup>35</sup>. La valutazione della rilevanza si fonda su quella *ratio* che poco dopo è vanificata affermando che il beneficio della collettività risiede nella riduzione della pressione sugli ospedali.

In questo modo la *ratio* dell'obbligo diventa ambulatoria: prevenzione del contagio, ai fini della valutazione della «rilevanza»; riduzione della pressione sugli ospedali, per quanto riguarda la «non manifesta infondatezza».

In realtà le contraddizioni del CGARS si spiegano perché il suo ragionamento è volto a giustificare (con riferimento all'efficacia del vaccino) un obbligo che risultava non più adeguato al raggiungimento dello scopo previsto. Per cui, quando ne ha invocato la *ratio* vera e propria (in virtù della quale lo studente era stato *escluso* dai corsi), non ha potuto che riferirsi a quella consolidata (protezione dei terzi); mentre, quando ha dovuto formulare la questione di costituzionalità ha piegato il ragionamento giuridico alla realtà fattuale, per 'giustificare' la coerenza di una disciplina che era venuta meno, come ho osservato in un precedente scritto,

---

<sup>34</sup> Ord. di rimessione del CGARS del 22 marzo 2022, punto 17.4.

<sup>35</sup> Cfr. punto 14.1. dell'ord. di rimessione del CGARS del 22 marzo 2022 ove si legge: 14.1. Il Collegio ritiene che i profili di ricorso volti a sostenere l'inapplicabilità agli studenti tirocinanti dell'obbligo vaccinale introdotto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021 siano infondati, «avuto riguardo [...] alla *ratio* della stessa, che è evidentemente quella di proteggere la salute dei pazienti».

per razionalità postuma<sup>36</sup>. Così facendo, tuttavia, a farne le spese è l'impalcatura razionale su cui si è retto l'obbligo vaccinale, sin dalle sue più antiche applicazioni. Inoltre, il CGARS, modificando il presupposto di costituzionalità (dalla prevenzione del contagio alla prevenzione della malattia), priva di ogni senso la disciplina delle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo, che da draconiana diventa illogica. Nella misura in cui si è piegato il presupposto di costituzionalità al dato di fatto rappresentato dalla capacità di evitare (non il contagio) ma la pressione sugli ospedali, perché escludere il tirocinante dalla frequenza dei corsi? Non deriva, pertanto, da un caso, ma da un'esigenza logica, che quando il collegio ha motivato sulla rilevanza, abbia avvertito l'impossibilità di allontanarsi dalla *ratio* tradizionale. Non sarebbe stato possibile, infatti, giustificare l'*esclusione* del tirocinante dai corsi in base alla riduzione della pressione sugli ospedali (non avrebbe avuto alcun senso, anzi l'avrebbe aggravata): solo la tradizionale *ratio* dell'obbligo (la protezione dei terzi), non a caso richiamata in tale punto, può soccorrere.

Per non incorrere in tutte queste insanabili contraddizioni, esigenze di coerenza logica avrebbero imposto che, una volta preso atto dell'irraggiungibilità dello scopo dichiarato dal legislatore (prevenzione dal contagio), fosse stato proprio questo il punto su cui sollevare il dubbio di costituzionalità.

Pare opportuno incidentalmente osservare che la principale censura formulata dal CGARS era particolarmente debole, per come era stata impostata.

Come osservato, infatti, l'attenzione del collegio si è soffermata sulla sicurezza del vaccino con riferimento agli effetti avversi. Il CGARS ha formulato tale censura ponendo a fondamento del proprio dubbio i dati pubblicati dall'AIFA sugli effetti avversi. Tuttavia, non ha considerato che alla stessa autorità è attribuito il compito di farmacovigilanza, che comprende anche il potere di revoca dell'autorizzazione del farmaco in relazione ai suoi esiti. Potere di revoca che l'AIFA non aveva

---

<sup>36</sup> Cfr., sul punto, C. IANNELLO, *Oltre il Covid. Verso l'obbligo di cura per i sani?*, in *Diritti fondamentali*, 2022.

esercitato, segno evidente che, dalla sua prospettiva, il rapporto rischio beneficio, riscontrato in sede di autorizzazione, non fosse venuto meno.

Fondare il dubbio di costituzionalità sui dati che l'autorità competente riteneva comprovanti la sussistenza del rapporto rischio/beneficio, significava formulare una censura che aveva scarse possibilità di essere accolta. Si sarebbe solo dovuto auspicare che la Consulta si sostituisse all'autorità competente in un ambito che non le appartiene. Per avere qualche *chance* di successo in sede di giudizio di costituzionalità si sarebbero dovuti fornire dati medici di segno diverso<sup>37</sup>.

Vale la pena sottolineare che, anche con riferimento a tale censura, il CGARS è entrato in una evidente contraddizione. Poco prima lo stesso collegio aveva, infatti, sposato i dati AIFA sul rapporto rischio beneficio del vaccino. Facendo leva su tali dati, il CGARS ha contestato le allegazioni della difesa che mettevano in dubbio proprio la correttezza della valutazione di tale rapporto<sup>38</sup>. Il CGARS riteneva, pertanto, soddisfatto il rapporto rischio beneficio del vaccino, ma ha poco dopo formulato la sua censura di costituzionalità proprio facendo leva sull'assenza di tale rapporto.

Un'ordinanza più che contraddittoria.

Infine, sul punto, anche i motivi di diritto erano deboli, perché fondati su un principio ricavato dalla giurisprudenza costituzionale che, in realtà, in quei termini non era stato formulato. Secondo il CGARS, dalla pregressa giurisprudenza in materia si ricavava che l'imposizione dell'obbligo fosse esclusa ove le reazioni avverse avessero superato la normale tollerabilità, sicché un effetto grave avrebbe potuto verificarsi solo per caso fortuito (in quanto imprevedibile). Tuttavia, la giurisprudenza anteriore si era formata su questioni sollevate in procedimenti promossi da chi aveva adempiuto l'obbligo riportando effetti collaterali gravi. In particolare, in Corte erano arrivate questioni sorte dall'applicazione della

---

<sup>37</sup> Una strada alternativa era la disposizione di un accertamento tecnico (ctu), anche per valutare la documentazione fornita dalla difesa.

<sup>38</sup> La questione relativa ai decessi causati dalla vaccinazione, sollevata dalla difesa, è stata scartata dal CGARS sulla base dei documenti ufficiali (AIFA e ISS). Cfr. il punto 17.1. e il punto 17.4. Nel solo punto 18.5 si introduce la questione della mortalità da vaccino, ma come sottostima degli effetti avversi dovuta alla farmacovigilanza passiva.



vaccinazione obbligatoria per la poliomielite<sup>39</sup> in cui i ricorrenti avevano contratto la malattia a causa della vaccinazione. Una conseguenza che era allo stesso tempo grave e prevedibile. Infatti, proprio ad un rischio «preventivabile in astratto» aveva fatto riferimento la sentenza n. 118/1996<sup>40</sup>, quando definì le leggi in materia di vaccinazione «scelte tragiche del diritto»<sup>41</sup>. In tale circostanza, la Consulta accolse la richiesta del ricorrente e dichiarò l'illegittimità della legge nella parte in cui non gli riconosceva il diritto all'indennizzo (senza intaccare la costituzionalità della previsione dell'obbligo, non sottoposta alla sua attenzione).

Questo era, dunque, il groviglio che era arrivato sul tavolo del giudice costituzionale: una censura di costituzionalità debole sulla sicurezza (per come argomentata) e retta da una premessa capace di ribaltare la *ratio* dell'obbligo vaccinale.

La sentenza n. 14/2023 si è districata in questo groviglio riuscendo a tenere ferme due posizioni: ribadire la *ratio* consolidata dell'obbligo vaccinale e, allo stesso tempo, non accogliere la qlc, salvando la legge.

Per percorrere questa strada ha dovuto dare torto due volte al CGARS.

Una prima volta, sul ribaltamento del presupposto costituzionale su cui si era fondato il suo ragionamento volto a trasformare la prevenzione dal contagio in prevenzione dalla malattia. E questa era la strada più complicata, data la inidoneità dei vaccini a realizzare il fine di prevenzione dal contagio dichiarato come obiettivo, in più parti, dalla stessa legge impositiva dell'obbligo.

Una seconda volta, sulla questione degli effetti avversi; questa era la censura che richiedeva il minore sforzo interpretativo, per il modo in cui era stata proposta. È stato infatti sufficiente osservare che la pregressa giurisprudenza costituzionale non avesse mai affermato che la legittimità dell'obbligo vaccinale fosse esclusa nel

---

<sup>39</sup> Si tratta di Corte cost. n. 307/1990 e n. 118/1996.

<sup>40</sup> Cfr. Corte cost. n. 118/1996 per cui «La vaccinazione antipoliomielitica comporta infatti un rischio di contagio, preventivabile in astratto - perché statisticamente rilevato».

<sup>41</sup> Entrambe le sentenze, di accoglimento, miravano ad ottenere l'indennizzo per il danneggiato. La stessa giurisprudenza sulle vaccinazioni raccomandate pone l'indennizzo, previsto in caso di obbligo, a carico della finanza pubblica, ricorrendo la medesima *ratio*: eseguite anche «per il conseguimento del fine generale di immunizzazione della collettività» (così Corte cost. n. 27/1998; n. 107/2012, 268/2017, n. 118 / 2020).

caso in cui il vaccino potesse produrre un effetto avverso che fosse allo stesso tempo grave e prevedibile. A questo scopo ha richiamato il precedente del 1996 in cui aveva affermato che l'evento grave era «prevedibile in astratto»<sup>42</sup>. Il rapporto rischio beneficio del vaccino, come osservato, non era stato infatti minimamente messo in discussione dal CGARS.

In questa sede interessa soprattutto la prima argomentazione.

Era davvero complicato per la Consulta quadrare il cerchio, cioè non accogliere il capovolgimento della *ratio* dell'obbligo vaccinale contenuto nell'ordinanza del CGARS e, allo stesso tempo, dichiarare non fondata la questione.

Ecco come ha motivato la Corte riuscendo a percorrere questo sentiero scosceso.

In diversi passaggi della motivazione<sup>43</sup>, la Consulta ha ribadito che l'obbligo si giustifica in base alla funzione preventiva del contagio esplicita dal vaccino, come era, del resto, chiaramente affermato dalla legge. Ed è questa «la finalità della legge» più volte citata dalla sentenza. Lo scopo di impedire la diffusione del contagio era stato esplicitamente indicato nelle motivazioni dei d.l. e nella disciplina<sup>44</sup>. La grave conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo, l'allontanamento del non vaccinato dalle corsie di ospedale, con sospensione da lavoro e retribuzione, nelle intenzioni espresse dal legislatore del 2021, doveva servire proprio a proteggere la salute dei terzi, altrimenti questa limitazione sarebbe stata del tutto priva di senso, risultando discriminatoria.

Tuttavia, se in astratto era possibile affermare l'aderenza dell'impianto normativo a tale schema (era la stessa legge a dichiarare in più punti il suo obiettivo di prevenzione del contagio), il confronto con la *situazione di fatto* diventava lo scoglio problematico da superare, perché era oramai un dato della comune esperienza che i

---

<sup>42</sup> Cfr. Corte Cost. n. 118/1996, punto 4.

<sup>43</sup> Corte Cost. n. 14/2023, punti 10.2 in fine, 11, 12.2.

<sup>44</sup> La capacità di determinare il «contenimento della diffusione del virus» e la difesa «delle categorie più fragili» danno vita alle motivazioni citate nel preambolo del d.l. 44/2021. Tale finalità è poi ribadita nelle disposizioni: il comma 1 dell'art. 4, d.l. n. 44/2021 dispone che, «al fine di tutelare la salute pubblica», gli esercenti delle professioni sanitarie «sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2». Anche l'ultimo d.l. in materia, il n. 1/2022, rubrica il suo art. 1 : «Estensione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2».

vaccinati si infettavano, indipendentemente cioè dai dati statistici e dagli studi medici, che tale dato confermavano<sup>45</sup>.

La soluzione cui è ricorso il giudice costituzionale è stata quella di confrontare il dato normativo non con la situazione di fatto sotto i propri occhi, bensì con le informazioni di cui disponeva il legislatore «al momento» in cui ha scritto una legge che dichiarava di avere come finalità da perseguire proprio la prevenzione dell'infezione da Sars-Cov-2.

È per questo motivo che in numerosissimi passaggi la sentenza ribadisce questo spostamento del fattore temporale dal momento della decisione a due anni prima, cioè febbraio-aprile 2021<sup>46</sup>:

Questa è la funzione degli innumerevoli riferimenti: «*a quel momento storico*»; «*in quella situazione data*»; «risultanze scientifiche *disponibili* in merito all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini»; «*al momento* dell'introduzione dell'obbligo»<sup>47</sup>; il «sindacato riguarda la coerenza della disciplina con il dato scientifico posto *a disposizione*»<sup>48</sup>; «alla luce delle conoscenze raggiunte *in quel momento storico*»<sup>49</sup>; poco oltre, nel medesimo punto del considerato, «rispetto alle conoscenze medico-scientifiche *del momento*»<sup>50</sup>; poche righe oltre, di nuovo, «del momento»<sup>51</sup>; «dato medico-scientifico posto *a disposizione* dalle autorità di settore»<sup>52</sup>, ecc.<sup>53</sup>.

Un altro aspetto singolare della motivazione è il ricorrente riferimento *transitorietà* della disciplina<sup>54</sup> da cui la Consulta ha ricavato addirittura un argomento a sostegno della legittimità della legge. L'intervenuta abrogazione della disciplina

---

<sup>45</sup> Il riferimento è ai dati dei bollettini dell'ISS e di equivalenti autorità pubbliche di altri paesi.

<sup>46</sup> Corte Cost. n. 14/2023, punto 6. Febbraio e marzo-aprile 2021 sono i riferimenti temporali citati quando riferisce dati medici.

<sup>47</sup> Corte Cost. n. 14/2023, punto 7.

<sup>48</sup> Ibidem, punto 8.1.

<sup>49</sup> Ibidem, punto 8.2.

<sup>50</sup> Ivi.

<sup>51</sup> Ivi.

<sup>52</sup> Corte Cost. n. 5/2018, punto 9. La questione si riferisce ai rapporti tra scienza e diritto, su cui cfr. Corte Cost. n. 282/2002; n. 151/2009; Corte Cost. n. 164/2014. In questi casi, la Consulta ha affermato, invero, la sussistenza di un *limite* invalicabile per il legislatore nella *relazione terapeutica* (Corte Cost. n. 282/2002, punto 4).

<sup>53</sup> Corte Cost. n. 14/2022, punti 11. e 12.1.

<sup>54</sup> Ibidem, punto 8.2.

oggetto del giudizio di costituzionalità (con il d.l. n. 162/2022 che ha anticipato il rientro in corsia dei sanitari sospesi poco prima della pronuncia della Consulta) è diventata così un (originale) argomento a *conferma* della sua legittimità.

La Consulta scrive, infatti, che la «transitorietà della disciplina», è uno degli «*elementi che incidono sulla verifica della legittimità costituzionale della normativa*», portando a conferma di tale affermazione proprio la circostanza che il rientro dei sanitari sospesi fosse stato «*anticipato [...] al 1° novembre 2022*»<sup>55</sup> (corsivi miei).

Sfidando il principio *iura novit curia*, del resto, la stessa Presidenza del Consiglio<sup>56</sup> si era premurata di depositare una memoria per far presente alla Consulta l'abrogazione.

La Consulta ha cercato di collegare questa argomentazione al precedente rappresentato dalla sentenza n. 5/2018 sul d.l. n. 73/2017.

In tale decisione, in effetti, vi è un riferimento alla «dinamica evolutiva propria delle conoscenze mediche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario»<sup>57</sup>. Nell'economia di tale decisione, il riferimento alla modificabilità della disciplina non assumeva affatto una funzione giustificativa dell'imposizione dell'obbligo, ma era una mera constatazione: il legislatore avrebbe potuto modificare la disciplina al mutare delle conoscenze. Tali conoscenze, però, in questo come negli altri precedenti, non erano mutate. Fra il tempo della legge impositiva dell'obbligo e quello della decisione della Corte nessuna nuova acquisizione medica vi era stata<sup>58</sup>.

In sintesi, come chiarito dalla Consulta, «il sindacato richiesto a questa Corte presuppone di verificare se *il legislatore* – utilizzando il dato medico-scientifico posto *a disposizione* dalle autorità di settore – si sia mantenuto in un'area di “attendibilità scientifica” e se abbia assunto una decisione non irragionevole

---

<sup>55</sup> Corte Cost. n. 14/2023, punto 8.2.

<sup>56</sup> Ibidem, punto 2.4.

<sup>57</sup> Corte Cost. n. 5/2018, punto 8.2.5.

<sup>58</sup> Anche il modo in cui la Consulta ha superato lo scenario Omicron è degno di nota. Cfr. Corte cost. n. 14/2023, punto 10.2.

nonché idonea e non sproporzionata *rispetto alla finalità perseguita*<sup>59</sup>, cioè la prevenzione dell'infezione.

Insomma, il giudice costituzionale ha 'giustificato' l'operato del legislatore del 2021 perché aveva espressamente dichiarato nella legge impositiva dell'obbligo che la *finalità perseguita* era la *prevenzione* dell'infezione e perché si è calato indietro nel tempo, cioè «in quel momento storico» in cui è stata scritta la disciplina sull'obbligo: le informazioni *allora* disponibili lasciavano ipotizzare che la vaccinazione fosse strumento idoneo per prevenire la diffusione del virus («la *finalità perseguita*» dal legislatore, richiamata dalla Consulta, è quella dichiarata dallo stesso legislatore nel testo del d.l. 44/2021).

Solo ragionando in tal modo la Corte è riuscita a ribadire che il d.l. 44/2021 era coerente con il presupposto di costituzionalità dell'obbligo vaccinale, rappresentando dalla tutela della salute pubblica (prevenzione dell'infezione).

Letta *a contrario*, la motivazione della sentenza n. 14/2023 conferma che ove le informazioni provenienti dalle autorità del settore avessero *escluso* l'efficacia preveniva del contagio, l'imposizione dell'obbligo sarebbe stata del tutto al di fuori del modello di cui all'art. 32 Cost.

È come se la Consulta, più che accertare la conformità della legge con la Costituzione, avesse giustificato *l'operato* del legislatore, ritenendolo adeguato in base alle informazioni di cui disponeva: «*in quel momento storico*» era possibile considerarlo «[...] non sproporzionato e non irragionevole».

Non a caso Marilisa D'Amico, in un convegno sul tema, ha testualmente affermato: «del tema dell'obbligo la Corte si occupa, in particolare, nelle sentenze 14 15 e 16, in qualche modo, *assolvendo il legislatore*»<sup>60</sup>.

In conclusione, l'operazione è riuscita, ma il paziente è morto. Infatti, la razionalità dell'obbligo è conservata, ma il ricorrente non ha visto tutelate le sue posizioni giuridiche. Se dalle informazioni disponibili pareva che questa funzione di

---

<sup>59</sup> Corte Cost. n. 14/2023, punto 9.

<sup>60</sup> Presiedendo il convegno «Gli obblighi di vaccinazione davanti alla Corte costituzionale» svoltosi a Milano il 13 marzo. Cfr. il seguente link (4'55''): <https://www.radioradicale.it/scheda/692576/gli-obblighi-di-vaccinazione-davanti-alla-corte-costituzionale>.

protezione potesse realizzarsi, con le informazioni di cui disponiamo oggi è, invece, facile escludere che un guarito dal Covid, poco importa se vaccinato o meno, potesse rappresentare un pericolo per la salute pubblica. La sua esclusione dal tirocinio (ossia la compromissione del suo diritto allo studio) non ha protetto nessun bene giudico<sup>61</sup>.

L'auspicio è che in futuro si faccia una valutazione più ponderata delle informazioni disponibili.

##### **5. La *ratio* dell'obbligo è la prevenzione dal contagio, ma si scorgono rischi per il futuro.**

Come si desume dall'esame della recente giurisprudenza costituzionale, resta ribadita la consolidata *ratio* dell'obbligo vaccinale individuata nella funzione di protezione dei terzi, cioè il tradizionale *presupposto* di ogni legge impositiva di vaccinazioni.

Resta, pertanto, destituito di ogni fondamento costituzionale il ragionamento svolto dal CGARS che intendeva sostituire tale presupposto con uno affatto diverso: la idoneità del vaccino di agire sulle forme gravi della malattia.

Così ragionando, infatti, si scivolerebbe su un piano diverso, quello delle cure, che non solo non possono che essere individuali e volontarie<sup>62</sup>, ma che sono costituzionalmente *riservate* alla relazione terapeutica e alla discrezionalità del medico nella singolarità di tale relazione.

La cura è strutturalmente incompatibile con l'obbligo, necessitando, al contrario, di una valutazione individualizzata ed è, inoltre, *riservata*, secondo l'insegnamento

---

<sup>61</sup> Cfr. punto 17. 2. dell'ord. di rinvio che richiama le «argomentazioni sviluppate dall'appellante (la vaccinazione sarebbe inutile, non impedendo al vaccinato di contagiarsi e contagiare)».

<sup>62</sup> La cura, anche salvavita, è rifiutabile. Figuriamoci una terapia volta a prevenire il rischio di una patologia, la cui (eventuale) evoluzione in forme gravi è condizionata da età e pregresse condizioni di salute.

della Corte, alla relazione terapeutica<sup>63</sup>, la cui autonomia rappresenta un limite per lo stesso legislatore.

La riserva cui ha sempre fatto riferimento la Consulta in questioni di carattere medico, non è affatto rispetto a una astratta scienza (che non esiste come entità unitaria ma come comunità plurale di ricercatori in continuo confronto dialettico), quanto piuttosto alla discrezionalità del medico che, nella relazione terapeutica, è il solo che può consigliare o sconsigliare terapie al paziente.

Tanto è affermato nella sentenza n. 282/2002 e ribadito nella sentenza Corte Cost. n. 151/2009: la legge in tema di fecondazione assistita non poteva interferire nella relazione terapeutica, indicando al medico come operare. In tale occasione, la Consulta ha riaffermato che tale relazione terapeutica è costituzionalmente riservata «alla discrezionalità del medico»; è il medico, infatti, secondo il Giudice delle leggi, «il depositario del sapere tecnico del caso concreto»<sup>64</sup>

Non ci sono solo ragioni giuridiche che si oppongono a un obbligo vaccinale volto ad evitare le *forme gravi* di una malattia, ma anche logiche. Una preoccupazione del genere non si rivolge nei confronti della popolazione generale, ma solo della *popolazione a rischio di forme gravi*. Non ha senso, pertanto, un obbligo che si dirige a tutti o anche a categorie di lavoratori (che comprendono giovani, adulti, anziani, sani e soggetti con precedenti patologie).

Del resto, ragionando come il CGARS, nessun limite sarebbe più opponibile a una legge impositiva di un trattamento sanitario. La stessa disfunzione del SSN, la sua disorganizzazione o il suo definanziamento, rendendo gli ospedali incapaci di fornire cure adeguate, potrebbero diventare condizioni legittimanti un obbligo.

Se questo fosse il presupposto di costituzionalità, non vi sarebbe più un parametro *oggettivo* su cui fondarle con buona pace dello stesso controllo di costituzionalità<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. Corte Cost. n. 282/2002, punto 4.

<sup>64</sup> Cfr. Corte Cost. n. 151/2009. Cfr. D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del titolo V*, in *Giur. Cost.*, 2002, 2034 ss.; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, ivi, 1450 ss.

<sup>65</sup> Una cosa, infatti, è il dato *oggettivo* della capacità di produrre un effetto diretto sulla salute pubblica come la prevenzione dal contagio, altra cosa sarebbe la valutazione – *soggettiva* e opinabile – del carico sopportato, in un dato momento, dal SSN (quando? quando in cui il

Solo l'interpretazione consolidata e corretta della *ratio* dell'obbligo vaccinale permette il razionale controllo del potere legislativo, da parte del giudice costituzionale e dell'opinione pubblica.

Vale allora la pena di spendere qualche parola su tale *ratio*.

Un ordinamento liberal-democratico è perfettamente coerente con l'assenza di obblighi vaccinali. Se non c'è obbligo, infatti, non si comprime alcuna libertà individuale. Nel clima dei mesi passati si era creata una sorta di pensiero schematico che contrapponeva all'obbligo vaccinale il suo opposto, ossia un surreale divieto di vaccinazione; un pensiero entrato anche in qualche decisione dei tribunali<sup>66</sup>. Ovviamente non è così. Negli ordinamenti che seguono questo principio di libertà (cito, per tutti, la Spagna), confermato anche in occasione dell'epidemia da Sars-Cov-2, la vaccinazione si configura come una pratica terapeutica, eventualmente raccomandata, ma lasciata alla libera scelta individuale (spesso, con tassi di vaccinazione che superano quelli dei paesi in cui vi è l'obbligo, come la stessa esperienza Covid della Spagna dimostra).

Al contrario, in un ordinamento liberal-democratico è l'imposizione dell'obbligo che deve essere razionalmente giustificata, in quanto comprime la libertà di disporre del proprio corpo con riferimento alle cure mediche, libertà più profonda della libertà personale. Non si tratta infatti della libertà di utilizzare il corpo per la realizzazione dei più svariati fini (tutelata dal tradizionale *habeas corpus*), bensì della libertà di impedire un'intrusione *nel* proprio corpo, che, come affermato dalla Consulta, «va oltre la stessa libertà personale»<sup>67</sup>. Non è un caso che l'art. 32 Cost. preveda solo per tale libertà, oltre alla garanzia formale (la riserva di legge, posta a presidio della stessa libertà personale) anche una garanzia sostanziale, individuata nel «rispetto della persona umana».

---

servizio è saturo? in quale percentuale? oppure occorre fare riferimento alla *previsione* di modelli matematici?).

<sup>66</sup> Come avevo osservato nell'introduzione al mio *L'interpretatio abrogans dell'art. 32 Cost.*, citando Trib. di Rovereto (sent. 57/2022).

<sup>67</sup> Corte Cost. n. 238/1996.



Un (contro) limite che si rivolge alla legge, argine invalicabile dal potere<sup>68</sup>.

Questo è il motivo per cui un trattamento sanitario può essere imposto purché vi sia un *doppio* «beneficio»: uno per la collettività rappresentato *esclusivamente* dalla tutela della salute pubblica (non di altri interessi pubblici), e un altro, per la salute dell'individuo che si sottopone al trattamento<sup>69</sup>. Si deve rilevare la profonda differenza rispetto alle restrizioni della libertà personale, che può essere prevista dalla legge per la tutela di *diversi* interessi pubblici e che non comporta alcun beneficio (perlomeno diretto) per il soggetto che ne viene privato.

La tutela della salute pubblica è, dunque, *presupposto* di costituzionalità, integrando il fondamento di ogni politica di obbligo vaccinale. *Solo* la tutela *diretta* della salute pubblica legittima la compressione della libertà di cura. Si tratta di un *requisito* che è allo stesso tempo *presupposto* di costituzionalità: solo se un trattamento sanitario è in grado di apportare un beneficio per la tutela della salute pubblica (dei terzi), può essere reso obbligatorio<sup>70</sup>, a condizione, ovviamente, che siano integrati gli altri requisiti. Su tale aspetto la posizione della dottrina è unanime<sup>71</sup> e concorda con la giurisprudenza, costituzionale<sup>72</sup>, CEDU<sup>73</sup>, amministrativa<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> Cfr. Corte Cost. n. 282/2002 per cui la pratica terapeutica è un «limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica».

<sup>69</sup> Cfr. sul punto, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1982, 303 ss.; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1979, 900 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018; C. IANNELLO, *Salute e libertà*, Napoli, 2020, 133 e ss.

<sup>70</sup> Come affermato da Corte Cost. n. 307/1990, la costituzionalità dei trattamenti sanitari obbligatori risulta subordinata al fatto che il trattamento sia diretto «anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale».

<sup>71</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 562. Osserva S. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 2 che «allorquando è in gioco solo la salute del singolo — senza alcuna incidenza diretta su quella di terzi — questi non può essere obbligato a vaccinarsi». Solo per la «tutela della salute dell'insieme degli altri consociati» scrive D. MORANA, *ult. op. cit.*, 43. S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 1979, 904. Cfr. L. PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, "potestà" genitoriale e tutela del minore*, in *Giur. Cost.*, 2017, 3139. M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017, 8.

<sup>72</sup> Cfr. Corte cost. n. 5/2018; Corte cost. 268/2017, punto 7.2, in cui chiarisce che «la dimensione collettiva» della salute consiste nell'impedire «l'eventuale contagio fra i soggetti

Il principio solidaristico (che regge l'obbligo e la 'sanzione' correlata al suo inadempimento, cioè l'esclusione da una attività della vita sociale) in tanto entra in gioco in quanto si realizzi questo effetto di protezione dei terzi. In sua assenza, l'obbligo, da svolgimento del principio di solidarietà, finirebbe per integrare il suo opposto: una discriminazione.

La questione dell'efficacia del vaccino per la tutela della salute pubblica, dunque, avrebbe dovuto assorbire tutte le altre<sup>75</sup>. È stato un pericoloso errore sottoporre al giudice costituzionale un ragionamento che poneva le premesse per ribaltare la *ratio* dell'obbligo vaccinale<sup>76</sup>.

Pericolo che può considerarsi superato solo per il momento, perché molti indici lasciano intravedere che la motivazione del CGARS non rappresentasse un caso isolato.<sup>77</sup> Quanto piuttosto lo specchio di una tendenza in atto, volta a rimodulare il concetto di salute, per ricondurlo alle tinte del dovere assunte nel nostro passato.

Si legge, infatti, in un documento recente dell'OMS, del 30 maggio 2022, su etica e trattamenti sanitari obbligatori<sup>78</sup>: «Mandatory vaccination should be considered only if it is necessary for, and proportionate to, the achievement of one or more important *societal or institutional objectives* (typically but *not exclusively public health objectives*, which may also be in service of *social and economic objectives*). Among others, such objectives may include interrupting chains of viral transmission, preventing morbidity and mortality, protecting at-risk populations and preserving the capacity of acute health care systems or other critical infrastructure».

---

non a rischio e quelli a rischio e contribuendo in tal modo anche alla protezione di coloro che non possono ricorrere alla vaccinazione».

<sup>73</sup> CEDU, Grande Camera, 8 aprile 2021, punti 272 e 306.

<sup>74</sup> Cons. St., n. 7045/2021, punto 27.9, in cui afferma che il vaccino in questione determina la «sostanziale esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati». Si ricorda, a tale proposito, il chiarissimo parere Cons. St.i, Commissione speciale, n. 2065/2017.

<sup>75</sup> Lasciando sullo sfondo anche quella relativa alla compatibilità tra autorizzazione condizionata e obbligo, che pure era stata sollevata. Cfr. A. MANGIA, *Un raffinato esempio di distinguishing*, cit. 42.

<sup>76</sup> La riduzione della «pressione sugli ospedali» come surrogato del beneficio per la collettività; argomento del dibattito di quei giorni che si ritrova anche in TAR Lazio, I, n. 2813/2022; Trib. di Rovereto, sez. lav., n. 57/2022.

<sup>77</sup> Cfr. TAR Lazio, I, 11.3.2022, n. 2813, punto 11.5.

<sup>78</sup> <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2022.1>

Insomma, la tendenza in atto è volta ad ampliare l'ambito di operatività delle politiche di obbligo vaccinale al di là del loro tradizionale ambito di applicazione, portandole così, tuttavia, *oltre* la loro razionale (e costituzionale) giustificazione. Fondare tali politiche su «obiettivi sociali ed economici» produrrebbe uno stravolgimento della razionalità cui gli obblighi di vaccinazione sono stati tradizionalmente legati<sup>79</sup> nonché dello stesso art. 32 Cost. Ci si dovrebbe vaccinare non per tutelare la salute dei terzi, ma perché mantenersi in buono stato di salute diventerebbe un *dovere* giuridicamente sanzionabile. In questo senso pare stia andando anche la modifica del regolamento sanitario OMS, in cui i riferimenti alla dignità umana e alle libertà fondamentali, contenuti nel testo in vigore, sono oggetto di emendamenti soppressivi<sup>80</sup>.

Calata nel contesto dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dal Sars-Cov-2, questa inedita (ir)razionalità, come osservato, *implode*. In assenza dell'idoneità del vaccino a prevenire il contagio, su quale ragione giustificativa si dovrebbe ancorare la sospensione di quel personale medico e infermieristico che dovrebbe garantire proprio funzionalità del SSN da cui sono allontanati?

Il CGARS e lo stesso OMS, argomentando in questo modo, si involgono in *contraddizioni insuperabili*. Le stesse in cui si imbatte l'*obiter dictum* della sentenza n. 15/2023<sup>81</sup>: se lo scopo della vaccinazione non fosse la prevenzione dal contagio, ma dalla forma grave della malattia, quale sarebbe la giustificazione *logica* della sospensione di quei lavoratori che non solo non mettono in pericolo i pazienti ma addirittura garantiscono la funzionalità del SSN?

## 6. Una postilla sulle ordinanze in discussione il 23 e il 24 maggio

---

<sup>79</sup> Tale aspetto è pacifico in dottrina. Cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 39: «saranno soltanto le ragioni legate alla salute collettiva a poter abilitare un intervento limitativo della libertà di salute del singolo» per cui «la sua limitazione potrà avvenire – nel rispetto delle ulteriori garanzie stabilite dall'art. 32 Cost. – soltanto per perseguire la finalità dell'interesse della collettività alla salute (collettiva), e non già per ulteriori generiche ragioni di interesse pubblico selezionate di volta in volta dal legislatore».

<sup>80</sup> <https://brownstone.org/articles/amendments-who-ihr-annotated-guide/>

<sup>81</sup> Cfr. Corte Cost. n. 15/2023, punto 11.3.

Come osservato, la Consulta deve pronunciarsi su altre qlc in tema.

Il Tribunale di Genova<sup>82</sup>, fornito di giurisdizione, ne ha promosso una assimilabile a quella dichiarata inammissibile dalla sentenza n. 16/2023.

Il caso riguarda la sospensione dall'albo dei chimici di un direttore di un laboratorio di analisi anti-inquinamento che non aveva contatto con pazienti. Il Tribunale, poiché la legge non consente di valutare il concreto rischio di contagio (che vi sia o meno contatto con i pazienti), ha sollevato la qlc, invocando la violazione di una pluralità di parametri (artt. 3, 4, 36 Cost.).

Se tale questione ha sullo sfondo la condizione di guarito dal Covid 19, essa è parte dell'iter argomentativo dell'ordinanza del Tribunale di Padova<sup>83</sup>, perché si lega al vizio sollevato: violazione della riserva di legge<sup>84</sup>, sancita dall'art. 32, II co. Cost. (assoluta o relativa che sia). Il Tribunale dubita che tale garanzia sia rispettata perché la disposizione censurata ha attribuito un ampio potere alle circolari ministeriali nella determinazione del contenuto dell'obbligo: in via generale (per tutti gli obbligati) e con riferimento alla *vaccinazione dei guariti*. Situazione che rileva nel giudizio *a quo* e, quindi, in quello costituzionale.

Secondo il Tribunale di Padova è stata delegata alle circolari «la disciplina delle indicazioni e dei termini della vaccinazione cui sono obbligati gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, in generale ed *anche nel caso di intervenuta guarigione dal virus*». I commi 1 e 5 dell'art. 4 del d.l. n. 44 hanno rimandato alle circolari la definizione «indicazioni» e dei «termini» della vaccinazione, delegando così in bianco, al potere amministrativo, aspetti essenziali della disciplina.

Proprio la questione relativa alla vaccinazione dei guariti ne è prova.

La disciplina delle «indicazioni» e dei «termini delle vaccinazioni» e la disciplina dei differimenti della vaccinazione per il caso di guarigione, sono aspetti centrali del contenuto dell'obbligo. In tal modo, il Ministro esercita un potere

---

<sup>82</sup> Ord. n. 135/2022.

<sup>83</sup> Ord. n. 136/2022.

<sup>84</sup> Sulla garanzia della riserva di legge cfr. Corte cost. n. 25/2023.

regolamentare con una circolare, al di fuori delle procedure che reggono la normazione secondaria, che prevede qualche vaglio di legittimità (ad esempio, il P.d.R. emana i regolamenti, non le circolari).

Una fonte atipica di carattere amministrativo determina i contenuti dell'obbligo.

La questione è degna di interesse perché lega l'argomento giuridico con uno medico.

Il tema vaccinazione dei *guariti*, infatti, dovrebbe indurre a interrogarsi sui dati medici che asseverano la sussistenza di un *apprezzabile* vantaggio per la tutela della salute pubblica dall'imposizione loro *dell'obbligo*.

La questione non riguarda il beneficio individuale proveniente dalla vaccinazione dei guariti (scelta volontaria), ma la sussistenza di un beneficio per la salute dei terzi determinato dalla loro vaccinazione. Tale vantaggio dovrebbe essere così rilevante da giustificare una compressione dell'autodeterminazione terapeutica tanto forte da determinare la sospensione dall'albo.

Anche a voler rimanere coerenti con l'artificio escogitato dalle sentenze n. 14 e n. 15/2023, le evidenze mediche di cui il legislatore disponeva *al tempo* della decisione avrebbero dovuto avvalorare un apprezzabile vantaggio della vaccinazione dei guariti per la salute pubblica, cioè la *finalità perseguita* (prevenzione dal contagio) dalla legge, per utilizzare le parole della sentenza n. 14/2023.