

UTI SINGULI V. UTI UNIVERSI.**L'OBBLIGO VACCINALE ANTI COVID-19 DINANZI ALLA CONSULTA E LA SORTE DEL DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE*.****RIFLESSIONI SU ORDINANZA N. 351 DEL 22 MARZO 2022 DEL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA DELLA REGIONE SICILIANA.**

di Marina Calamo Specchia **

Sommario. 1. Brevi considerazioni introduttive. – 2. Il caso. – 3. Il giudizio sulla rilevanza. – 4. Il giudizio di non manifesta infondatezza. – 5. Conclusioni.

1. Brevi considerazioni introduttive.

La questione di legittimità costituzionale dell'imposizione dell'obbligo di vaccino anti Covid-19 è giunta alla Corte costituzionale: con un'articolata e molto ben argomentata ordinanza di rimessione (l'ordinanza n. 351/2022) il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana (d'ora in poi CGARS) ha sollevato una serie di dubbi sulla legittimità costituzionale dell'obbligo di vaccino anti Covid-19 e sul rispetto dell'art. 32 Cost., nella parte in cui contempla la possibilità di disciplinare con legge i trattamenti sanitari obbligatori.

L'ordinanza n. 351/2022 si inserisce in un quadro giurisprudenziale composito, che va analizzato in un'ottica di complessità sistemica condizionata, come si evidenzierà in seguito, dall'evoluzione delle acquisizioni scientifiche e dei dati della campagna vaccinale. Dopo una prima fase nella quale la magistratura (ordinaria e amministrativa) sembrava concorde nel sostenere la legittimità dell'operato del Governo in relazione alla campagna vaccinale promossa soprattutto con riferimento all'obbligo vaccinale selettivo, si è aperto

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato – Università di Bari “Aldo Moro”.

un varco affinché la Corte costituzionale possa pronunciare la sua definitiva parola sulla *querelle* in merito alla legittimità o meno della campagna vaccinale obbligatoria che ha interessato una larghissima percentuale di popolazione.

Insieme all'Alta corte amministrativa siciliana, infatti, altri giudici hanno aperto la via alla Corte costituzionale affinché si attivasse il procedimento in via incidentale. Le questioni di legittimità sollevate sono molteplici e colpiscono alcuni aspetti molto controversi della disciplina dell'obbligo vaccinale:

- la questione di legittimità costituzionale promossa dal TAR Lombardia (ordinanza n. 192/2022), in relazione all'art. 4, c. 4, d.l. n. 44/2021 nella parte in cui a fronte dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale si prevede quale effetto l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, considerato che la preclusione assoluta dell'esercizio della professione integra un pregiudizio grave e non riparabile all'avviamento della professione intrapresa;
- la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Catania, Sez. Lavoro (ordinanza del 14 marzo 2022) in relazione alla mancata corresponsione dell'assegno alimentare, pari al 50% della retribuzione, in caso di sospensione dal lavoro per omessa vaccinazione, anticipata e seguita da numerosi decreti e ordinanze cautelari monocratici con i quali sono state accolte le plurime istanze in tal senso proposte (TAR Umbria, Sez. I, decreto presidenziale n. 30/2022; Tribunale di Napoli, Sezione del Lavoro, ordinanza 8 marzo 2022; TAR Abruzzo, Sez. I, decreto presidenziale n. 87/2022; TAR Veneto, Sez. I, decreto presidenziale n. 397/2022; Tribunale di Roma, Sezione del Lavoro, ordinanza 11 marzo 2022; TAR Lazio, Sez. V, decreto presidenziale n. 1653/2022; TAR Lazio, Sez. V, decreto presidenziale n. 1664/2022; TAR Campania, Sez. VIII, decreto presidenziale n. 585/2022);
- la questione di legittimità costituzionale promossa dal Tribunale militare di Napoli con ordinanza di rimessione dell'8 febbraio 2022, con la quale si profilano dubbi di costituzionalità dell'art. 206-*bis* del C.O.M., che prevede la possibilità per le autorità militari di disporre specifiche profilassi vaccinali del personale militare impiegate in particolari condizioni operative e di servizio, in relazione all'art. 32 della Costituzione, sotto il profilo della prestazione del consenso informato in contrasto con la previsione di un obbligo giuridico.

- da ultimo, il TAR Lazio, Sez. I-*bis*, con cinque ordinanze del 1° aprile 2022 (nn. 3793, 3805, 3806, 3807 e 3808 del 1° aprile 2022) e il TAR Basilicata (ordinanza n. 42/2022) hanno fatto applicazione ai sensi dell'art. 80, c. 1, cod. proc. amm., dell'istituto della sospensione impropria del giudizio principale per la pendenza della questione di legittimità costituzionale di una norma applicabile al procedimento, ma sollevata in altra causa, e specificatamente dal CGARS con l'ordinanza oggetto della presente analisi.

Accanto alle questioni di legittimità costituzionale, è stata profilata anche una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea: con l'ordinanza del Tribunale di Padova, Sezione Lavoro, del 7 dicembre 2021 è stato chiesto alla CGUE di chiarire la compatibilità dell'obbligo vaccinale anti Covid-19 di tipo selettivo al Regolamento UE n. 953/2021 e ai principi di proporzionalità e di non discriminazione, con riferimento, in particolare, alla validità dell'autorizzazione condizionata ai sensi dell'art. 4, Regolamento CE n. 507/2006 in presenza di cure alternative per la profilassi dell'infezione da SARS-Cov-2, nonché alla legittimità dell'obbligo di somministrazione vaccinale ad operatori sanitari già contagiati o che rifiutino l'inoculazione a causa delle controindicazioni.

Evidenziato, per sommi capi, il contesto in cui è maturata la decisione, le riflessioni che seguono si focalizzeranno sui punti cardinali dell'articolata ordinanza del CGARS.

2. Il caso.

Con nota del 27 aprile 2021 il Rettore e il Direttore Generale dell'Università di Palermo hanno disposto la previa somministrazione del vaccino anti Covid-19 ai tirocinanti per la prosecuzione delle attività di tirocinio di area medico/sanitaria.

Impugnata la nota per plurime violazioni di legge, il TAR Sicilia, Sez. I, ha respinto l'istanza cautelare, ritenendo che, nell'ottica del bilanciamento degli interessi e allo stato dei fatti, risulterebbe *prevalente* l'interesse pubblico a evitare la frequentazione di strutture sanitarie da parte di soggetti non vaccinati per non esporre al rischio di contagi operatori sanitari e pazienti.

Con ricorso in appello vengono dedotti plurimi vizi dell'ordinanza impugnata, con riferimento tanto alla carenza assoluta di potere del Rettore quanto all'erronea applicazione

dell'art. 4, d.l. n. 44/2021, che non avrebbe previsto alcun obbligo vaccinale per gli studenti universitari, nonché con riferimento all'adeguatezza della campagna vaccinale in riferimento a molteplici parametri: a) violazione della normativa europea (Regolamento UE n. 953/2021; b) illegittimità dell'obbligo di un vaccino, in relazione al quale i dati relativi agli effetti avversi sono ancora in fase di elaborazione e acquisizione e sono stati basati prevalentemente (se non esclusivamente) sul sistema di farmacovigilanza passiva, per violazione dell'art. 32; c) violazione del Trattato di Norimberga sul libero consenso alle sperimentazioni e conseguente violazione dell'art. 117, c. 1, Cost.; d) abnormità della previsione del consenso informato a fronte dell'obbligo vaccinale e violazione degli art. 2, 13, 21 e 32, Cost., e 1, 2, 3, CEDU.

3. Il giudizio sulla rilevanza

Il Collegio perviene alla conclusione della rilevanza della questione di legittimità costituzionale con un ragionato iter argomentativo che fa limpida applicazione, da un lato, del principio *tempus regit actum* e, dall'altro, dell'interpretazione logico-sistematica dell'art. 4, d.l. n. 44/2021.

Il CGARS ritiene, infatti, applicabile alla fattispecie la versione originaria dell'art. 4, d.l. n. 44/2021¹, la quale si riferiva alla categoria generale degli «esercenti le professioni sanitarie» e degli «operatori di interesse sanitario»: con due successivi emendamenti, intervenuti il primo in sede di conversione del d.l. n. 44, l. n. 76/2021 e il secondo in sede di conversione del d.l. n. 172/2021 nella l. n. 3/2022, la definizione della categoria degli

¹ Alla data di adozione del provvedimento impugnato era vigente la formulazione originaria dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021, che, nel testo precedente alle modifiche apportate dalla legge di conversione 28 maggio 2021, n. 76, così stabiliva: «1. In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano. 2. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestata dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita».

operatori di interesse sanitario è stata, dapprima, specificata con riferimento alle professioni sanitarie (le professioni infermieristiche, ostetriche, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione, quelle previste ai sensi della l. n. 251/2000, e del decreto del Ministro della sanità 29 marzo 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 23 maggio 2001, i cui operatori svolgono, in forza di un titolo abilitante rilasciato dallo Stato, attività di prevenzione, assistenza, cura o riabilitazione) e poi precisata ritenendo inclusi gli studenti dei corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini pratico-valutativi, finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie.

L'Alta Corte amministrativa, pur nella consapevolezza della delicatezza di un'interpretazione logico-sistematica dell'ambito di applicazione di un trattamento sanitario obbligatorio, perviene alla conclusione della rispondenza del provvedimento impugnato alla fattispecie regolativa (l'art. 4, d.l. n. 44/20201 nella versione originaria) in virtù del principio generale *tempus regit actum*, stante la *ratio* della disposizione espressa dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 7045/2021, secondo cui la vaccinazione selettiva degli operatori di interesse sanitario persegue la duplice finalità di tutelare tanto il personale sui luoghi di lavoro quanto gli stessi pazienti e utenti del servizio sanitario nel rispetto del principio di solidarietà (art. 2 Cost.), e alla luce dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2008 in materia di igiene e di sicurezza sul lavoro, ai sensi del quale viene definito "lavoratore" una persona che, indipendentemente dalla natura del contratto, svolga nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro un'attività anche non retribuita e finalizzata all'apprendimento della professione.

Ne consegue che la nota rettorale, lungi dall'essere affetta da incompetenza, avrebbe applicato la corretta interpretazione della normativa in materia nel prevedere l'obbligo vaccinale in capo ai tirocinanti, con la sola esclusione di pericolo per la salute in presenza di comprovate condizioni cliniche, che tuttavia non figurano sussistere in capo all'appellante.

Questo percorso argomentativo si sarebbe rivelato funzionale a incardinare il giudizio di costituzionalità: interpretato l'art. 4, d.l. n. 44/2021 come comprensivo dell'obbligo vaccinale in capo ai tirocinanti e non sussistendo in capo all'appellante la condizione di esenzione prevista dalla suddetta disposizione, essa risulta essere *conditio sine qua non* ai fini della definizione del giudizio pendente: dunque, la questione di legittimità costituzionale assume rilevanza per il processo in corso, in quanto la questione si pone

«come presupposto necessario del giudizio a quo e con incidenza sulle norme cui il giudice è chiamato a dare applicazione» (Corte cost., s.n. 45/1972) determinandosi quel «rapporto di strumentalità fra la risoluzione della questione di legittimità costituzionale e la definizione del giudizio principale» (Corte cost., ord. n. 282/1998) noto come nesso di pregiudizialità.

Il primo presupposto della pregiudiziale di costituzionalità, ossia la rilevanza della questione, è, dunque, sussistente.

4. Il giudizio di non manifesta infondatezza.

Il CGARS, accertata la rilevanza della questione, ritiene rilevanti e non manifestamente infondati alcuni dubbi di costituzionali profilati dalla difesa appellante.

Le doglianze dell'appellante sono state focalizzate su una pluralità di motivi attinenti, da un lato, alla c.d. *immunità naturale* conseguente alla contrazione del virus e, dall'altro, alla lamentata letalità dei vaccini somministrati attualmente in Italia conseguente sia all'incremento della mortalità e degli eventi gravi post-vaccinazione, sia alla scarsa efficacia della farmacovigilanza passiva, sia alla mancata correlazione di tali eventi al virus SARS Covid-19 in presenza di comorbilità, sia con riferimento all'algoritmo costruito e validato dall'OMS che assume come parametro della relazione temporale tra evento e vaccinazione la forbice dei 14 giorni.

Le argomentazioni del Consiglio avverso le doglianze dell'appellante si svolgono seguendo l'iter interpretativo offerto dalla consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie, che individua come parametro di legittimità costituzionale l'art. 32 Cost.

Sin dalla sentenza n. 258/1994, confermata dalla giurisprudenza successiva, la Corte costituzionale è ferma nello spiegare che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. in presenza dei seguenti (concomitanti) presupposti: a) «se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma 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 (cfr. sentenza 1990 n. 307)»;

b) se vi sia «la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto tollerabili»;

c) Se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica – sia prevista comunque la corresponsione di una «equa indennità» in favore del danneggiato. E ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria, la quale «trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla loro natura»

L'ordinanza che si commenta si muove, pertanto, nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in merito agli indici di compatibilità tra somministrazione obbligatoria di un farmaco, principio di autodeterminazione e tutela dell'interesse collettivo alla salute.

Com'è noto, infatti, l'art. 32 Cost. consente l'imposizione con legge di un trattamento sanitario obbligatorio: nella nozione di TSO rientrano diverse fattispecie, tra cui anche l'obbligo vaccinale. Questo dato, tuttavia, non è da solo sufficiente per affermare che la Costituzione riconosca un potere generale di adottare un TSO: la riserva di legge contenuta nell'art. 32 è difatti assoluta e rinforzata proprio a garanzia dell'integrità fisica della persona umana, tant'è che il Costituente ha voluto porre come clausola di chiusura e di salvaguardia il divieto, non negoziabile, di trattamenti che possano violare la dignità umana (si legge in detto comma «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»). Un vero e proprio contro-limite al potere dello Stato di imporre trattamenti sanitari².

Il diritto alla salute viene così declinato secondo la fisionomia tipica dei diritti fondamentali che riflette la centralità che la Costituzione ha voluto assegnare alla persona umana: il

² Va segnalato che anche in dottrina non sono mancati contributi volti a sottolineare come «la strada per la previsione dell'obbligo vaccinale è stretta e rigorosamente tracciata dal secondo comma dell'art. 32, che pone un inedito contro-limite, cioè un limite al potere, che amplia la garanzia dell'autonomia individuale. Solo la sussistenza di un duplice beneficio, per l'individuo che si sottopone a trattamento e per la collettività, rende costituzionalmente legittima l'imposizione di un obbligo in materia di trattamenti sanitari. Resta, cioè, vietata ogni ipotesi di strumentalizzazione della persona umana per la realizzazione di finalità collettive» (C. Iannello, *Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il Sars-Cov-2*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2022, p. 145).

diritto individuale alla salute è perciò dotato di una propria autonomia concettuale collegata al principio personalista che connota l'intera struttura costituzionale e che porta ad escludere che il diritto individuale alla salute possa recedere *sic et simpliciter* rispetto alla tutela dell'interesse collettivo alla salute.

Siamo al cospetto di una tipica fattispecie complessa nella quale devono essere armonizzati/bilanciati il diritto di autodeterminazione del singolo, che si traduce anche nella libertà di curarsi e nel diritto a rifiutare le cure, e l'interesse collettivo alla salute: infatti, la copertura dell'art 32 Cost. ammette l'imposizione di un sacrificio al singolo, attraverso l'imposizione del trattamento sanitario, soprattutto a condizione che il sacrificio sia, in termini proiettivi (cioè non solo per il presente, quando la valutazione dei costi/benefici si conclude a vantaggio dei secondi grazie alla minore gravità delle malattia eventualmente contraibile ma anche nel lungo periodo, escludendo effetti avversi gravi ad ampia diffusione che solo un intervallo cronologico ampio può accertare), certamente vantaggioso, in termini di salute, anche per l'individuo sottoposto a trattamento.

Alla luce anche delle risultanze dell'istruttoria disposta con l'ordinanza n. 38/2022, il CGARS, dopo aver ammesso la legittimità sostanziale delle fasi contratte di sperimentazione dei vaccini immessi sul mercato con l'autorizzazione condizionata (Regolamento CE 2006/507, art. 4), pur nella consapevolezza che il processo di valutazione non sia propriamente concluso essendo ammessa l'acquisizione di dati supplementari sul vaccino post-somministrazione, in relazione all'argomentazione dell'appellante dell'inutilità della vaccinazione che non impedisce al vaccinato di contagiarsi e di contagiare richiama le decisioni del Consiglio di Stato n. 7045/2021 e n. 1381/2021 con le quali il giudice amministrativo, nel sottolineare la situazione di eccezionalità generata dalla diffusione mondiale della pandemia, evidenzia l'elevata efficacia vaccinale anche in presenza delle nuove varianti nel prevenire l'ospedalizzazione, e dunque ridurre sensibilmente, se non proprio neutralizzare, l'impatto dei ricoveri da Covid sulle terapie intensive, e le complicazioni della patologia (e quindi contenere i decessi), circostanza questa che consente al CGARS di ritenere osservato il primo requisito del TSO, in quanto la somministrazione vaccinale produce «un 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» (punto 17.4, pag. 29, dell'ordinanza in commento). Sotto questo profilo, ad avviso del Collegio, «appare rispettato il primo degli indici di costituzionalità

degli obblighi vaccinali (che il trattamento sia diretto a migliorare o a preservare lo stato di salute sia di chi vi è assoggettato, sia degli altri)» (punto 17.4, pag. 31 dell'ordinanza in commento).

Con riferimento, al contrario, al secondo indice di costituzionalità, quello concernente la necessaria tollerabilità degli effetti avversi, il Collegio ha evidenziato plurimi profili di criticità, soprattutto con riferimento agli eventi avversi, la cui normale tollerabilità è presupposto imprescindibile della proporzionalità della misura e dunque della sua costituzionalità.

Sotto questo profilo si è di fronte all'assenza di quei presupposti di legittimità della discrezionalità legislativa in merito alla scelta delle modalità di prevenzione delle malattie infettive invocati a partire dalla notissima sentenza della Corte costituzionale n. 282/1990, confermata di recente dalla sentenza n. 268/2017: si allude al fatto che lo spazio della discrezionalità legislativa è strettamente connesso all'evoluzione dello stato delle conoscenze scientifiche e della ricerca medica.

Il CGARS fa leva proprio sul superamento del dato scientifico per realizzare il tipico effetto di *overruling* rispetto al precedente (decisamente *tranchant* per le conclusioni ivi raggiunte) costituito dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 7045/2021³, che fondava la declaratoria di legittimità della media tollerabilità degli effetti avversi dei vaccini su dati scientifici risalenti nel tempo e superati da nuove evidenze contenute nel Rapporto annuale

³ A fronte di tali conclusioni, non può non rilevarsi l'erroneità della sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato, III Sez., n. 7045 del 20 ottobre 2021: il giudice amministrativo ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'obbligo vaccinale selettivo anti Covid-19 e, pur in presenza di dati scientifici espressamente definiti «non completi» (punto 26.3), «parziali e provvisori» (punto 27.2), ha contraddittoriamente concluso che «nulla toglie al rigore scientifico e all'attendibilità delle sperimentazioni che hanno preceduto l'autorizzazione, pur naturalmente bisognose poi di conferma» (27.2). Come pure sembra essere espressione di una concezione del rapporto tra diritto di autodeterminazione e autorità sbilanciata a favore del secondo il ricorso al concetto di rischio di ignoto irriducibile, ossia che il fatto che l'esigenza di profilassi collettiva non possa attendere un tempo lunghissimo per tutte le possibili sperimentazioni (punti 28 e 30) e che il bilanciamento rischi /benefici è assolutamente accettabile (punto 31), riconoscendo al legislatore la più ampia discrezionalità nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace delle malattie infettive (punto 32.6). Interessante appare il confronto con il precedente del medesimo Consiglio di Stato pronunciato poco prima dello scoppio della pandemia: «Nel conseguente bilanciamento delle più opportune iniziative di contenimento del rischio, la scelta del c.d. "rischio zero" entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure "congrue rispetto al livello prescelto di protezione" ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti: dunque, non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano "una risposta proporzionale al rischio potenziale", potendosi configurare situazioni e contesti specifici che rendono una tale strategia inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva. In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità" va modulata "l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati, sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici» (Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 6655 del 3-10-2019).

AIFA sulla sicurezza dei vaccini anti Covid-19 pubblicato il 22 febbraio 2022, che dimostra come «non solo non solo il numero di eventi avversi da vaccini anti SARS-COV-2 è superiore alla , ma lo è di diversi ordini di grandezza (109 segnalazioni, a fronte di 17,9, e con un tasso di 17,6 eventi gravi ogni 100.000 dosi somministrate, a fronte di un tasso 1,9 segnalazioni gravi». Correttamente, pertanto, il Collegio ritiene che «Le emergenze istruttorie suggeriscono, quindi, una rivisitazione degli orientamenti giurisprudenziali fin qui espressi sulla base di dati ormai superati.» (punto 18.1, pag. 33 ordinanza in commento).

In particolare, il richiamato indice di costituzionalità (*supra* lett. b) non può dirsi soddisfatto laddove il farmaco non abbia ancora prodotto sul piano degli eventi avversi evidenze scientifiche stabili (così la sentenza storica della Corte costituzionale n. 307/90, richiamata anche dalla recente sentenza Corte costituzionale n. 5/2018), considerato che per i vaccini anti Covid la fase della farmacovigilanza sulle conseguenze a medio e lungo termine è ancora in piena fase di svolgimento (terminerà tra il 2022 e il 2023, per la Pfizer, per gli altri vaccini nel 2025) e che allo stato non esistono studi scientifici in merito agli ipotetici effetti cancerogeni dei vaccini nel medio-lungo termine, nel mentre esistono casi acclarati casi di patologie cardio-vascolari, anche con effetti letali, conseguenti alla somministrazione vaccinale.

Con un lungo e ben argomentato ragionamento, il CGARS, pur rilevando che la maggior parte degli effetti collaterali elencati nel data base del sito di EudraVigilance evidenziano sintomi modesti e transitori, puntualizza che «gli eventi avversi più seri comprendono disordini e patologie a carico dei sistemi circolatorio (tra cui trombosi, ischemie, trombocitopenie immuni), linfatico, cardiovascolare (incluse miocarditi), endocrino, del sistema immunitario, dei tessuti connettivo e muscolo-scheletrico, del sistema nervoso, renale, respiratorio; neoplasie. Nel novero di tale elencazione rientrano, evidentemente, anche patologie gravi, tali da compromettere, in alcuni casi irreversibilmente, lo stato di salute del soggetto vaccinato, cagionandone l'invalidità o, nei casi più sfortunati, il decesso» tanto che concludere in modo chiaro ed inequivocabile che emerge il dubbio che «che farmaci a carico dei quali si stiano raccogliendo segnalazioni su tali effetti collaterali soddisfino il parametro costituzionale sopra richiamato» (punto 18.4, pag. 38 ordinanza in commento).

Inoltre, continua il Collegio, sebbene non si possa escludere mai la possibilità di reazioni

avverse a qualunque tipologia di farmaco, il criterio per testare la legittimità della somministrazioni obbligatoria va ricercato nell'imprevedibilità della reazione avversa e nel caso fortuito, circostanza che non sembra ricorrere nel caso dei vaccini anti Covid-19, considerato che i dati pubblicati dal sistema EudraVigilance, disaggregati Stato per Stato, evidenziano tipologie omogenee di eventi avversi, in relazione ai quali va dunque escluso il caso fortuito o la reazione imprevedibile (punto 18.4, pag. 39 ordinanza in commento). Tale caratteristica dei vaccini anti Covid-19 legata ai tempi contratti di sperimentazione, induce timori in una parte di cittadini (timori indotti anche da una comunicazione istituzionale semplicistica, a tratti assiomatica, non trasparente sui dati scientifici e sulle risultanze del CTS, i cui verbali non sono facilmente accessibili, e spesso contraddittoria), i quali hanno sempre diritto a rifiutare un trattamento sanitario quando i dati relativi agli effetti collaterali sono in fase di aggiornamento e il loro rifiuto va protetto con misure proporzionate in grado di tutelare anche (e non solo) l'interesse della collettività e non va caricato di significati moralistici o di effetti punitivi.

Né può invocarsi, a sostegno della legittimità dell'obbligo vaccinale che le reazioni gravi costituiscano una minima parte degli eventi avversi segnalati: con grande lucidità argomentativa, il Collegio ricorda che il criterio sulla tollerabilità degli effetti collaterali posto dalla Corte costituzionale in tema di trattamenti sanitari obbligatori non lascia spazio a valutazioni di tipo quantitativo, che porrebbero tra l'altro delicati profili di ordine etico (a chi spetterebbe individuare la percentuale di cittadini sacrificabili?), restando perciò fuori dalla soglia di costituzionalità tutti quei trattamenti sanitari obbligatori che annoverano tra gli effetti collaterali eventi gravi e fatali, ancorché pochi in rapporto alla popolazione vaccinata (punto 18.4, pag. 38 ordinanza in commento).

D'altra parte, in base al principio di precauzione e al patto intergenerazionale, di quale collettività dobbiamo difendere l'interesse alla salute? Della collettività di oggi o della collettività futura (quella che sarà tra 5 o 10 anni)? Come è stato efficacemente affermato, «Si tratta di un interrogativo, questo, che, ancora una volta, nasce dalla impossibilità, allo stato attuale, di avere certezze acquisite in ordine agli effetti a medio e lungo termine derivanti dalla somministrazione di questi vaccini»⁴: e quindi allo stato, stante

⁴ A. Mangia, *Si caelum digito tegetis. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC* n. 3/2021, p. 443.

l'impossibilità di fondare l'accertamento tecnico-scientifico degli effetti collaterali da vaccino nel medio e lungo termine sull'acquisizione di dati pro futuro difettano quei presupposti scientifici in base ai quali la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto legittimo prevedere un obbligo vaccinale e dunque in mancanza degli elementi di ponderabilità del rischio vaccinale in merito alla misura del danno, nella valutazione degli interessi e diritti in gioco va salvaguardato anche il diritto di chi legittimamente rifiuta la vaccinazione in quanto trattamento sanitario irreversibile che incide direttamente sulla disponibilità del proprio corpo e dunque comprime il diritto di autodeterminazione ex art. 32 Cost.

Come è emerso dall'istruttoria disposta dal CGARS, disposta con l'ordinanza n. 38/2022 e approfonditamente richiamata nell'ordinanza 351/2022, i dati collazionati sugli effetti collaterali sono ancora provvisori perché in continuo aggiornamento del profilo beneficio-rischio dei singoli vaccini e dunque non in grado di confermare l'attendibilità del sistema di raccolta dei dati in ordine agli effetti collaterali e tale da compromettere l'adeguatezza dei sistemi di monitoraggio dei vaccini anti Covid-19, questione quest'ultima cruciale «specie per i farmaci sottoposti ad autorizzazione condizionata, per i quali, successivamente alla commercializzazione, prosegue il processo di valutazione ... suscettibile di essere inficiato tanto da un'erronea attribuzione alla vaccinazione di eventi e patologie alla stessa non collegati causalmente, quanto da una sottostima di eventi collaterali, specie gravi e fatali. Tale evenienza comprometterebbe l'indagine volta a confrontare il farmaco la cui somministrazione è imposta legislativamente con il richiamato parametro costituzionale» (punto 18.3, pag. 35 ordinanza in commento) che esige, per giurisprudenza costituzionale costante, affinché il trattamento sanitario non sia incompatibile con l'art. 32 Cost., che esso non incida sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle *sole conseguenze* che appaiono *normali*, e pertanto *tollerabili* (corsivo nostro).

A questo si aggiunge che la forbice temporale di 14 gg. dell'algoritmo assunto dall'AIFA per connettere alla somministrazione vaccinale l'evento avverso è assolutamente insufficiente a radicare quella base scientifica che costituisce il necessario presupposto per il corretto esercizio della discrezionalità del legislatore, che in campo sanitario è com'è noto vincolato dai risultati della ricerca medico-scientifica, non sono idonei a garantire – allo stato – la sostenibilità costituzionale dell'obbligo vaccinale.

La ratio della normativa posta a fondamento del provvedimento impugnato, in parte qua, eluderebbe il giudicato costituzionale: la giurisprudenza costituzionale in ambito sanitario ha stabilito che «decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero prevedere «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite» o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica e che il principio di precauzione, che sembra ispirare il giudizio del giudice amministrativo, va necessariamente messo in relazione con l'altro principio fondamentale di proporzionalità, cui deve costantemente conformarsi e la corretta relazione tra i due principi, impone che il principio di precauzione non sia mai prevalente e che i diritti o le libertà non siano compressi, «soprattutto nei casi in cui nella valutazione del rischio persista l'incertezza scientifica» (sentenza n. 85/2013).

La valutazione dell'irrelevanza del futuro evento avverso sembra, ad avviso di chi scrive, frutto non di un'attenta analisi dei dati disponibili, sebbene provvisori, ma di una valutazione di dati scelti in modo discrezionale e funzionale a sostenere una determinata tesi, omettendo di considerare che proprio la forbice temporale, ossia il lasso di tempo necessario allo svolgimento della fase di farmacovigilanza è direttamente proporzionale al grado di sicurezza del farmaco in esame (lo stesso CGARS ricorda i tempi di sperimentazione di alcuni vaccini: 28 anni per la commercializzazione dei vaccini contro la varicella e 15 anni per il vaccino contro il papillomavirus, a prescindere dall'impiego della tecnica mRNA, già nota perché utilizzata nell'ambito di profilassi antitumorali e per il vaccino contro Ebola).

E mostrando così di adottare un'interpretazione del principio di precauzione piegata sulla scelta di uno solo dei valori in gioco, ossia l'interesse collettivo alla salute, che così assume i caratteri di un super-valore costituzionale in dispregio di quella stessa giurisprudenza costituzionale che la sentenza assume come fondamento per affermare la legittimità costituzionale dell'obbligo: in particolare si allude al bilanciamento tra libertà individuale e salute collettiva che la Corte costituzionale in tema di TSO ritiene possibile solo quando il vaccino «non incide negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato» nel senso di limitare gli effetti collaterali a quelli meramente temporanei e di scarsa entità (Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307; Corte Cost. 23 giugno 1994 n. 258; Corte Cost. 18

gennaio 2018 n. 4) dimostrando così di aderire ad un'applicazione indiscriminata del principio di precauzione, che potrebbe comportare il rischio di veder posti in evidenza solo i singoli risultati scientifici a supporto di una determinata misura, sottovalutando i dati scientifici contrari o controproducenti. In tal senso, infatti, milita il contro-limite dell'art. 32, secondo comma, Cost., che nell'interpretazione della Corte costituzionale può considerarsi soddisfatto solo se dal trattamento deriva un doppio beneficio, per la salute individuale e per quella collettiva.

Ulteriori profili di incostituzionalità, secondo l'interpretazione del CGARS, emergono dalle risultanze istruttorie in merito all'assenza di qualsivoglia accertamenti diagnostici nella fase del triage pre-vaccinale, nonché in relazione alla prestazione del consenso informato. Sotto il primo profilo, il Collegio ha rilevato che non vi è alcuna disposizione che preveda una relazione del medico di base, ovvero la prescrizione di controlli medici preventivi, nonostante la ricorrenza di alcuni effetti collaterali gravi come pericarditi e miocarditi, o tantomeno il prelievo di un tampone covid che escluda l'infezione in corso, che scongiurerebbe la somministrazione vaccinale per il rischio di una reazione anomala del sistema immunitario. Sotto il secondo profilo, presenta evidenti rilievi di irrazionalità la richiesta del consenso informato in fase di anamnesi pre-vaccinale, considerato che la ratio della disciplina introduttiva di tale forma di consenso, il d.l. n. 73/2017 convertito nella l. n. 119/2017, è quella di garantire che il consenso del paziente a un trattamento sanitario volontario sia prestato sulla base di informazioni trasparenti e comprensibili, nel rispetto proprio del principio di autodeterminazione, che l'obbligo vaccinale inevitabilmente comprime. D'altra parte, che questa sia l'interpretazione corretta risulta anche dalla circolare del Ministero della Salute del 17 agosto 2017 di prima attuazione della legge sul consenso informato, citata dall'ordinanza in commento (punto 18.7, p. 51), nella quale si legge che «Alla luce del decreto legge in epigrafe, si precisa che il modulo di consenso informato dovrebbe essere limitato alle sole vaccinazioni raccomandate; per le vaccinazioni obbligatorie verrà consegnato esclusivamente un modulo informativo».

L'Alta Corte amministrativa, alla luce della ricostruzione effettuata e non potendo pervenire a un'interpretazione conforme della normativa dedotta in giudizio, in particolare l'art. 4, d.l. n. 44/2021 e l'art. 1, l. n. 119/2017, ha ritenuto non superabili i dubbi di costituzionalità, per violazione rispettivamente degli artt. 3, 4, 21, 32, 33, 34, 97, Cost., da parte dell'art. 4, d.l. n. 44/2021 e degli artt. 3 e 21 Cost. da parte dell'art. 1, l. n. 117/2017,

sul presupposto della necessaria non nocività dell'inoculazione e del limite invalicabile del rispetto della persona umana, stante «il rischio che in nome della vaccinazione di massa risulti sbiadita la considerazione della singola persona umana, che andrebbe invece sostenuta e rassicurata, tanto più quanto riluttante alla vaccinazione, con approfondite anamnesi e informazioni, con costi a carico del Servizio sanitario nazionale» (punto 19, pag. 53 ordinanza in commento).

Resta la consapevolezza che gli indici di costituzionalità posti dalla giurisprudenza costituzionale, come rileva lo stesso CGARS (punto 18.4, pag. 39 ordinanza in commento), a fondamento della legittimità dell'obbligo vaccinale, siano stati enucleati con riferimento a situazioni ordinarie di profilassi e che la pandemia abbia rappresentato un evento indubbiamente anomalo sotto il profilo giuridico-sanitario: tuttavia, può questa circostanza condurre la Corte costituzionale a ritenere che, in caso di emergenza, una parte della popolazione sia sacrificabile? Possiamo riconoscere allo Stato il potere di vita e di morte sui suoi cittadini?

Ad avviso di chi scrive, il limite invalicabile è costituito proprio dal rispetto della persona umana come divieto assoluto («in ogni caso») posto dall'art. 32 Cost. a tutela della persona nella sua integralità⁵, segnando quel passaggio culturale (e giuridico) epocale dell'anteposizione della persona umana allo Stato, sancito in sede di Assemblea costituente:⁶ i trattamenti sanitari obbligatori, come afferma la Corte costituzionale a partire dalla storica sentenza n. 282/2002, poi riproposta nelle sentenze nn. 268/2017, 5/2018 e 118/2020, devono «garantire [...] l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie» sulla base dell'«obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali». Secondo il giudice costituzionale, il legislatore non può stabilire, affidandosi alla mera discrezionalità politica, quali siano le pratiche terapeutiche

⁵ Questa espressione va intesa nel senso che “il rispetto della persona umana coincide con il rispetto della libertà di scelta del singolo, che solo può fissare le modalità e il disegno di essere persona, non essendovi in Costituzione un'immagine preconfezionata della personalità umana imposta all'individuo” (M. Luciani, (voce) *Salute, I*) *Diritto alla salute – dir. Cost.*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, Treccani, 1989, p. 10).

⁶ Emblematici sono i passaggi dell'intervento di Aldo Moro che nel dibattito del 28 gennaio 1947 dinanzi alla Commissione per la Costituzione affermò che la tutela della salute poneva una questione di libertà individuale che non poteva non essere garantita dalla Costituzione e che trovò eco nella particolare formulazione dell'art. 32 e della clausola di chiusura volta al futuro volutamente aperta e dunque in grado di vietare i molteplici e imprevedibili modi di violare la persona umana (S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà, M. Tallachini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. Rodotà e P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2010, p. 178).

ammesse e i loro presupposti: in questo senso è chiara la linea di demarcazione tra il sapere scientifico, che assume in determinate circostanze la valenza di parametro interposto⁷, e la decisione politica che non appare rigida nella sua esplicitazione. La discrezionalità del legislatore si estende o si contrae anche in rapporto al grado di certezza delle evidenze scientifiche, alla loro condivisione nell'ambito della comunità scientifica, condivisione che non presuppone la staticità del dato ma la sua stabilità, caratteristica che non esclude che essa possa evolversi nel tempo. Il decisore politico è chiamato, così, a bilanciare in concreto, caso per caso i diversi potenziali rischi che possono derivare dalla somministrazione vaccinale. Senza considerare che la riduzione dello spazio della discrezionalità legislativa, dovuta alla ponderazione del dato scientifico e delle variabili di contesto, comporta analogo riduzione dello spazio di tutela giurisdizionale delle scelte limitative dei diritti fondamentali, sicché rilievo cruciale assume la trasparenza delle modalità di acquisizione e verifica e ponderazione delle risultanze scientifiche nella valutazione del rischio, realizzandosi una sorta di trasposizione della garanzia dei diritti fondamentali in gioco dalla tutela giurisdizionale ai processi decisionali di valutazione del rischio, che non può essere semplicemente superato da una qualche utilità del vaccino per la salute collettiva a discapito del soggetto vaccinato, il cui rischio per la salute individuale deve essere transitorio e ponderato⁸.

Questo non significa che i vaccini non possano essere raccomandati, anche fortemente, a tutela dell'interesse collettivo alla salute, come ci spiega la sentenza n. 5/2018, ma che le misure anche legislative adottate a tal fine devono muoversi entro il perimetro costituzionale del rispetto del principio di autodeterminazione dei singoli⁹, in attuazione di quel principio di precauzione che non può essere riferito solo all'interesse della collettività: in tal senso va letto il divieto assoluto dell'art. 32, c. 2, per il quale «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana», nel senso che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli

⁷ C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

⁸ G. Pitruzzella, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali*, in *Giustiziainsieme.it*.

⁹ La centralità della persona umana nell'ordinamento costituzionale, fortemente affermata dai Costituenti, trova una sua salda espressione nella rivoluzionaria configurazione del diritto alla salute come diritto fondamentale dell'individuo, considerato che «la tutela della salute è nata e si è affermata negli ordinamenti giuridici nella sua dimensione collettiva, declinata in termini di tutela della salute pubblica dalle malattie. La salute è stata infatti tradizionalmente presa in considerazione dal diritto in una funzionale assolutamente antitetica rispetto all'esercizio delle libertà individuali, cioè come un loro penetrante limite» (C. Iannello, *Salute e Libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 73).

altri, fossero pure tutti gli altri» (Corte costituzionale, sentenza n. 118/1996).

5. Conclusioni.

Quando sono in discussione i diritti fondamentali della persona, che l'art. 2 della Costituzione italiana definisce inviolabili e non appannaggio di una *maggioranza*, occorre essere molto cauti perché essi innervano la forma di Stato e non sono diritti disponibili *ad libitum*, in quanto rappresentano un elemento indefettibile di sopravvivenza di quella stessa comunità sociale, perché tali diritti integrano il nucleo duro della Costituzione¹⁰. E questa affermazione è confermata dal fatto che i diritti inviolabili dell'uomo non sono modificabili neanche con il procedimento a tale scopo previsto dall'art. 138 Cost. perché la loro modifica implicherebbe esercizio di potere costituente¹¹, nel mentre sappiamo che il potere di revisione costituzionale è potere costituito, secondo la notissima distinzione consegnataci dall'Abate Sieyès nel suo memorabile *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*¹².

In questo contesto si inserisce, mirabilmente, la cd. dottrina del "diritto tiranno" elaborata dalla Corte costituzionale, che occorre tener sempre ben presente quando si tratta di mettere in relazione principi, diritti e libertà fondamentali: afferma la Corte che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e

¹⁰ C. Mortati, (voce) *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, ora in *«Una e indivisibile»*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 216. Più recentemente si veda per tutti G. Azzariti, *Revisione Costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione*, in *Nomos*, n. 1/2016, p. 3.

¹¹ Per la distinzione tra potere costituente e potere di revisione costituzionale si consenta di rinviare a M. Calamo Specchia, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 266 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

¹² Ecco le parole di Sieyès: "La Nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la Loi elle-même. Avant elle, et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps législatif ; les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens, qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent pas y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est ainsi, et non autrement, que les lois constitutionnelles sont fondamentales. Les premières, celles qui établissent la législature, sont fondées par la volonté nationale avant toute constitution ; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies de même par une volonté représentative spéciale. Ainsi toutes les parties du Gouvernement se répondent et dépendent en dernière analyse de la Nation" (J. E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Document électronique (Données textuelles), pp. 111- 112, notice n. : FRBNF37237001, cote : NUMM-41687, in [http:// gallica. bnf. fr.](http://gallica.bnf.fr)).

non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi... Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (Corte costituzionale, sentenza n. 85/2013). Tale costruzione interpretativa, com'è noto, è stata richiamata dall'ex Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nella Relazione annuale della Corte del 2019 del 28 aprile 2020, che ha ribadito che il sistema delle garanzie costituzionali non ammette eccezioni/deroghe neanche in periodi di crisi.

L'allentamento delle maglie della Costituzione concorre inevitabilmente a rendere più instabili i rapporti interistituzionali, cedendo alla via più facile che è quella della delega all'organo esecutivo della ponderazione degli interessi in gioco, marginalizzando la sede politica naturale di tali ponderazioni, il Parlamento: tuttavia, come ci ricordava John Potter Stockton, “le Costituzioni sono catene con le quali gli uomini legano sé stessi nei momenti di lucidità, per non morire di mano suicida nei giorni della follia”.

Tale plastica rappresentazione del costituzionalismo occidentale individua nella Costituzione, un argine al potere della maggioranza, facendo sì che attraverso un complesso sistema di contrappesi (tra i quali rientrano i diritti fondamentali inviolabili e

preesistenti allo Stato), essa non si trasformi nella tirannide dei “cinquantuno”¹³, funzione questa di limite al potere e al governo arbitrario già propria delle Costituzioni liberali ottocentesche in grado di delimitare i poteri dei sovrani.

Resta forte la preoccupazione al cospetto del fatto che un tema così delicato, come quello dell’obbligo vaccinale e della limitazione dei diritti a chi rifiuta di vaccinarsi, possa essere risolto con strumenti discrezionali, aderendo a quell’opinione che nega di poter ricorrere ad un generico principio di ordine pubblico o di sicurezza allo scopo di giustificare limiti ai diritti fondamentali all’infuori dei casi in cui la Costituzione espressamente lo prevede¹⁴. Siamo al cospetto della defondamentalizzazione della libertà di autodeterminazione personale, sovente considerata un retaggio dello Stato liberale, che va sacrificato in nome dell’interesse della collettività, così come affermato con una certa “leggerezza di cultura costituzionale” dal Consiglio di Stato, III Sez., n. 7045/2021: questa impostazione trascura, infatti, che nel nostro ordinamento nessuno può imporre il sacrificio individuale a fronte di un interesse collettivo, perché altrimenti l’esercizio della libertà individuale non sarebbe responsabile in quanto sarebbe rimessa all’arbitrio del potere pubblico, e così travolgeremmo uno dei canoni fondamentali del costituzionalismo moderno, ossia il principio per cui i diritti fondamentali costituiscono argine al potere. Non a caso la Corte costituzionale nella sentenza n. 307/1990 affermava che il dovere di solidarietà «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri». Una cosa è la solidarietà come esercizio di libera scelta, altra cosa è la solidarietà imposta. E di certo, alla base dell’obbligo vaccinale, dovrebbero esserci valutazioni di ordine medico-scientifico a salvaguardia dell’integrità della persona umana, non certo il principio di solidarietà, che va inteso quale tipica obbligazione morale reciproca della società civile, come tale incoercibile e scaturente dal personale convincimento che quel comportamento corrisponda a un interesse sociale che si eleva a valore giuridico, senza che occorra oppure no prevedere un obbligo: in tal senso, il principio di solidarietà diviene manifestazione del principio personalista nel rispetto del principio di autodeterminazione e delle istanze collettive, ma a condizione che il trattamento sia diretto a preservare lo stato di salute di chi lo subisce e che all’autolimitazione del diritto del singolo di rifiutare le cure debba corrispondere il sacrificio (la tutela indennitaria) che la collettività deve subire quando al

¹³ L. Einaudi, *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, Bari, Laterza, 1954, p. 92 ss.

¹⁴ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1967, II, p. 840.

singolo derivi un danno, imprevisto e imprevedibile, dal trattamento sanitario.

Il rispetto della persona umana identifica un divieto che segna il confine della discrezionalità del legislatore: non un valore da bilanciare con altro valore, ma un criterio assoluto che presiede al bilanciamento tra l'interesse collettivo alla tutela della salute e l'interesse individuale, segnando il limite oltre il quale il legislatore non può comprimere la libertà individuale, fosse anche in funzione di un interesse collettivo.

Ma anche a voler prescindere dalle chiare indicazioni della lettera dell'art. 32 Cost., l'evoluzione del nostro ordinamento giuridico registra una crescente valorizzazione dei diritti di autodeterminazione, come il consenso informato, l'autodeterminazione della cura, il testamento biologico (DAT) e il coevo dibattito sul diritto di fine vita, che mostra un'indicazione preferenziale per modelli non impositivi in grado di riflettere in modo più adeguato l'interpretazione sistematica degli artt. 2, 3, 13, 21 e 32, Cost.

Non si condivide, pertanto, quell'orientamento che individua nel principio di solidarietà sociale la sola causa giustificativa delle misure di contenimento e della somministrazione vaccinale e il presupposto della prevalenza della dimensione collettiva sulla dimensione individuale del diritto alla salute, secondo un'accezione di solidarietà orizzontale distinta e autonoma dalla solidarietà verticale o istituzionale e come tale idonea a rendere accettabile la perdita di diritti per chi rifiuta di sottoporsi *volontariamente* alla vaccinazione¹⁵. Trattasi di una formulazione dei doveri di solidarietà che trascenderebbe la lettera dell'art. 2 Cost. che, al contrario, ancora il principio di solidarietà (rilevante per il diritto) alla tassatività delle fattispecie dei doveri costituzionali giuridicamente coercibili, nella quale si riflette il principio della certezza del diritto: in questo senso i doveri di cui all'art. 2 Cost. sono quelli esplicitati dalla Costituzione e va esclusa l'idea di un catalogo aperto di doveri costituzionali, indeterminati e indeterminabili *ex ante*, perché potenzialmente idonei a interferire con le libertà fondamentali, limitandone la piena esplicazione¹⁶.

Per il diritto, infatti, l'obbligo vaccinale e la raccomandazione vaccinale non si pongono sullo stesso piano quanto a effetti giuridici, sebbene accomunati sotto il profilo dell'equo indennizzo in caso di danno irreversibile alla salute (Corte cost., s.n. 5/2018; da ultimo s.n.

¹⁵ Q. Camerlengo e L. Rampa, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti covid-19*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 212 ss.

¹⁶ A.A. Negroni, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 2/2020, p. 774 ss.

118/2020)¹⁷, e il *discrimen* tra queste fattispecie giuridiche è la tutela della dignità umana – e dunque della garanzia della permanenza della salute del singolo individuo a somministrazione vaccinale avvenuta – come limite assoluto all’obbligo vaccinale e il consenso informato come riconduzione della somministrazione vaccinale raccomandata al principio di autodeterminazione del singolo.

Il corretto inquadramento della solidarietà quale limite finalistico alla dimensione individuale della sfera giuridica, costituisce una solida base per i doveri menzionati dalla Costituzione fra i quali rientra il dovere che lo Stato può richiedere ai consociati, concorrenti alla realizzazione del bene comune, di sottoporsi a trattamenti sanitari purché disciplinati con legge¹⁸, escludendosi che si possa invocare il principio solidaristico come principio *persuasivo* in assenza di obbligo *ex lege*: nella storica sentenza n. 5 del 2018, che ha definito i profili del sistema vaccinale introdotto con il dl 73/2021 convertito nella l. 119/2017, la Corte ribadisce la necessità che la legislazione statale impositiva di obblighi vaccinali deve garantire il «diritto della persona di essere curata efficacemente [...] e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica», nel rispetto di condizioni «eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»¹⁹.

La dimensione non autoritativa della solidarietà, espressione di quell’obbligazione naturale della società civile a carattere di reciprocità, essendo logicamente incoercibile perché rimessa alla spontaneità della condotta/prestazione e pertanto difettosa del requisito della giustiziabilità, risulta non idonea costituire il fondamento della mera raccomandazione vaccinale quale causa giustificativa dell’esercizio di diritti e libertà fondamentali. Viceversa, in caso di obbligo vaccinale, legittimamente imposto sulla base dei presupposti procedurali previsti dalla normativa nazionale e internazionale, la solidarietà orizzontale costituisce il corollario che arricchisce la solidarietà verticale quale fondamento dell’obbligo giuridico alla somministrazione vaccinale e la cui non osservanza è sanzionabile e giustiziabile, secondo la nota correlazione che esiste nel mondo del diritto

¹⁷ Sul punto si rinvia a D. Morana, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all’equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 233 ss.

¹⁸ C. D’Orazi, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 16.

¹⁹ Per un’analisi della decisione A. Iannuzzi, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico – statistiche*, in *Consulta Online*, 1/2018, p. 87 ss.

tra obbligo giuridico e sanzione.

Queste considerazioni giovano a chiarire la distinzione concettuale tra obbligo vaccinale e raccomandazione vaccinale (che non possono essere sovrapposti in quanto forieri di effetti giuridici diversi) e non fugano i dubbi di legittimità costituzionale. Da un lato, siamo al cospetto di un obbligo vaccinale illegittimo in quanto carente dei presupposti (evidenze scientifiche stabili sugli effetti avversi e/o collaterali di lungo periodo) che, escludendo il rischio di eventi letali per la salute del vaccinando tale da essere contenuto nei limiti della normale tollerabilità, renderebbero la previsione dell'obbligo conforme ai requisiti di sicurezza richiesti dalla giurisprudenza costituzionale affinché il TSO previsto dall'art. 32 non violi il divieto (assoluto) del rispetto della dignità umana.

La dignità della persona non è nella disponibilità del popolo sovrano e dei suoi rappresentanti e, pertanto, non è bilanciabile, “in quanto è essa stessa la bilancia sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati”²⁰ e si configura come “criterio di misura della compatibilità dei bilanciamenti, continuamente operati dal legislatore e dai giudici, con il quadro costituzionale complessivo. Sarebbe necessario, in occasione di ogni operazione di bilanciamento, chiedersi se il risultato incide negativamente sulla dignità della persona, oppure se rimane intatta la sua consistenza”, rendendosi in tal modo evidente lo stretto nesso che lega dignità umana, principio di eguaglianza e diritti inviolabili e la polisemanticità di tale concetto²¹ calato nella polivalenza della società multiculturale e superandosi, in tal modo, ogni timore che tale concetto possa variare in relazione alla sensibilità dell'interprete. Una dignità non astratta, dunque, ma calata nella dimensione delle relazioni sociali dei soggetti²², ancorata a un paradigma socialmente e storicamente individuato²³.

Come ebbe ad affermare la Corte Suprema statunitense in una celebre sentenza, vi sono «materie che necessitano di essere sottratte alle vicissitudini della lotta politica, per essere poste oltre la portata delle maggioranze» poiché «i diritti fondamentali non possono essere

²⁰ G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, accessibile al link: https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritto/silvestri.html.

²¹ S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019 – Special Issue, p. 61 ss.

²² G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza 2016, p. 168.

²³ P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 126 ss.

soggetti al voto» né dipendere «dall'esito delle elezioni»²⁴.

Questo prezioso lascito del costituzionalismo liberale, per il quale il presupposto filosofico dello Stato ottocentesco è la dottrina dei diritti dell'uomo, “secondo cui l'uomo, tutti gli uomini indiscriminatamente, hanno, per natura, e quindi indipendentemente dalla loro stessa volontà, tanto più dalla volontà dei pochi o di uno solo, alcuni diritti fondamentali”²⁵, viene trasfuso nello stato costituzionale di diritto e reso più efficace sotto il profilo delle garanzie, superando il limite puramente formale della rule of law, attraverso “la costituzionalizzazione dei diritti naturali, ovvero la trasformazione di questi diritti in diritti costituzionalmente protetti, cioè in veri e propri diritti positivi”²⁶.

Una vigilanza attenta va quindi riservata nei confronti di ogni tentativo, più o meno esplicito, di intaccare i diritti fondamentali che sono il tessuto connettivo delle Costituzioni contemporanee; pericolo che si manifesta, con particolare frequenza, al cospetto di situazioni emergenziali, spesso occasione di discutibili interventi di compressione dei diritti e delle libertà costituzionali.

A questa richiesta di protezione ha dato voce il CGARS con la sua ordinanza n. 351/2022, richiesta alla quale si auspica che la Corte costituzionale non si sottragga.

Abstract: La riflessione si incentra sull'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana con la quale l'Alta Corte amministrativa rinvia alla Corte costituzionale, per il controllo di costituzionalità, la legge che prevede l'obbligatorietà del vaccino anti Covid-19 solo per alcune categorie di lavoratori, in particolare gli operatori sanitari.

Abstract: The analysis focuses on the order of the Council of Administrative Justice of the Sicilian Region with which the High Administrative Court referred to the Constitutional Court - for the judgment of constitutionality - the law that provides the mandatory Covid-19 vaccine only for some categories of workers, in particular health professionals.

Parole chiave: Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana – vaccino

²⁴ USSC, *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

²⁵ N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, Simonelli Editore, 2006, p. 32.

²⁶ *Ibidem*, p. 38.

obbligatorio – diritto alla salute – Costituzione – libertà personale.

Key words: Administrative High Court of Sicilian Region – Mandatory vaccine – right to health – Constitution – personal freedom.