

## Principi costituzionali e Covid-19

Roberto ROMBOLI\*

**Sommario:** *Parte prima* **1.** Premessa: la riflessione dei costituzionalisti nella prima e nella seconda fase della emergenza sanitaria da Coronavirus **2.** Il diritto alla salute come libertà di autodeterminarsi in ordine ai trattamenti sanitari. Il consenso informato come regola ed i trattamenti sanitari obbligatori come extrema ratio **3.** Le condizioni esplicite della Costituzione per i t.s.o.: a) la riserva di legge (assoluta o relativa; formale o sostanziale; statale o anche regionale; specifica o generale **4.** Segue: il rispetto della persona umana: i presupposti secondo la giurisprudenza costituzionale e le deroghe all'obbligo di trattamento sanitario **5.** Le condizioni implicite: il bilanciamento tra principi costituzionali. Le vaccinazioni obbligatorie per tutta la popolazione o per singole categorie. Le sanzioni in caso di violazione dell'obbligo; l'ipotesi dell'onere *Parte seconda* **1.** La vaccinazione anti Covid-19 come diritto e la determinazione delle priorità: aspetti formali e sostanziali **2.** Una legge che stabilisca l'obbligo generalizzato del vaccino anti Covid-10: profili di costituzionalità **3.** Le ragioni per le quali non è stata finora approvata una legge impositiva del vaccino per tutti. L'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata **4.** L'obbligo di vaccinazione per una determinata categoria, il d.l. 44/2021 per gli esercenti la professione sanitaria: conformità alla Costituzione ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue **5.** Segue: il significato dell'approvazione del d.l. 44/2021 e l'ipotesi di una obiezione di coscienza per il personale medico **6.** Tra obbligo e raccomandazione: la Certificazione verde Covid-19 quale onere e stimolo a vaccinarsi. Il succedersi dei decreti legge: aspetti di costituzionalità e la disarmonia dell'obbligo di Certificazione per gli insegnanti. Non una limitazione di diritti fondamentali, ma la realizzazione delle condizioni per il loro esercizio.

### *Parte prima*

#### **1. Premessa: la riflessione dei costituzionalisti nella prima e nella seconda fase della emergenza sanitaria da Coronavirus**

Con riferimento all'evento della pandemia da Covid-19 che ha sconvolto la vita di tutte le persone a livello mondiale, ovvio che molti sono stati gli studi, anche molto accurati, dedicati ai principi costituzionali coinvolti, al loro rispetto ed al loro significato per indirizzare l'attività del legislatore, del governo e di tutte le istituzioni.

Di conseguenza, nella prima fase, l'attenzione è stata rivolta a tematiche di ordine generale, quali il fondamento dello stato di emergenza, il sistema delle fonti del diritto, in considerazione particolarmente della urgente necessità di intervenire, le ricadute sui rapporti tra parlamento e governo, derivanti dall'inevitabile accentramento dei poteri nell'esecutivo, le limitazioni al godimento di diritti fondamentali (*in primis* della libertà di circolazione) e le condizioni da rispettare per la loro legittimità costituzionale.

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Pisa.

Stante la materia (tutela della salute) direttamente coinvolta, inevitabile l'esame dei rapporti di competenza tra lo stato centrale e le regioni, nonché le altre autonomie territoriali, nel tentativo di fare chiarezza e indicare criteri per risolvere i molti momenti di conflitto tra centro e periferia.

Una volta che la ricerca medica è riuscita, fortunatamente in tempi brevissimi, a rendere disponibile un vaccino contro il virus e la sua diffusione, si è aperta di conseguenza una seconda fase delle riflessioni in materia da parte dei costituzionalisti, aventi ad oggetto specificamente i vaccini e la possibilità di imporre un obbligo vaccinale.

In un primo momento, stante la mancanza di un numero di vaccini tali da consentire di vaccinare tutte le persone che lo richiedevano, i problemi sono stati principalmente quelli di indicare, sulla base dei principi costituzionali, criteri attraverso i quali stabilire le priorità nella vaccinazione. Una scelta decisamente di importanza fondamentale, dal momento che avrebbe potuto avere il significato – e certamente in molti casi lo ha avuto – di salvare la vita ad alcuni e di determinare purtroppo la morte di altri.

In questo primo momento la vaccinazione è quindi venuta in considerazione, sotto l'aspetto costituzionale, come "diritto" a riceverla, da parte di quanti la richiedevano e che erano certamente la stragrande maggioranza dei cittadini, come ha dimostrato la corsa ad ottenere la prenotazione da parte di persone che hanno trascorso a tal fine ore e giorni, accettando di buon grado di farlo anche presso una sede distante da quella di propria residenza.

In un secondo momento l'attenzione si è spostata maggiormente sull'aspetto della vaccinazione come "dovere", con riguardo alla scelta tra il rendere il vaccino obbligatorio per tutti oppure porlo alla collettività come una raccomandazione, più o meno forte e insistita. Nel primo caso, inevitabile il problema della individuazione delle sanzioni da applicare a quanti non avessero rispettato l'obbligo.

Una sorta di via intermedia tra un obbligo sanzionato ed una raccomandazione senza alcuna conseguenza, è costituita dalla situazione giuridicamente rappresentata con la figura dell'"onere", attraverso la quale non viene previsto un obbligo a vaccinarsi, ma solo coloro che risultano vaccinati potranno usufruire di determinati servizi o accedere a certi luoghi.

Nel momento in cui scriviamo è soprattutto a questo secondo aspetto che è rivolta l'attenzione per i suoi profili di costituzionalità, specie a seguito della approvazione ed entrata in vigore del c.d. green pass.

All'esame di questi ultimi aspetti è in particolare dedicato questo scritto, che si articola in una prima parte riassuntiva dei principi costituzionali in tema di trattamenti sanitari, per poi analizzare, in riferimento ai principi costituzionali, la disciplina approvata ed entrata in vigore in questi ultimi mesi sul "certificato verde Covid-19" e le limitazioni previste per coloro che non ne sono in possesso.

## **2. Il diritto alla salute come libertà di autodeterminarsi in ordine ai trattamenti sanitari. Il consenso informato come regola ed i trattamenti sanitari obbligatori come *extrema ratio***

Tra i diversi principi costituzionali coinvolti, una posizione di primo piano spetta all'evidenza a quello della salute tutelata come "fondamentale diritto dell'individuo" e come "interesse della collettività" (art. 32.1).

Le due espressioni possono sembrare fare riferimento a due diverse, conosciute, nozioni di salute, per la prima delle quali la salute è vista come un diritto-dovere (la salute come diritto sociale), da realizzare anche contro la volontà del singolo, potendo così giustificare qualunque trattamento in nome del benessere sociale. La salute del singolo viene considerata un bene non solo individuale, ma dell'intera società. Il fondamento costituzionale potrebbe essere individuato in particolare nel principio costituzionale del dovere di solidarietà.

Pur nel pieno riconoscimento del valore e della importanza della solidarietà economica, politica e sociale, oggi è assolutamente prevalente una diversa interpretazione del diritto alla salute, la quale trova anche un fondamento letterale nello stesso art. 32.1 Cost. che nel contrapporre, come detto, un "diritto fondamentale" ad un "interesse", pare mostrare con chiarezza la prevalenza del primo sul secondo.

Il diritto alla salute viene posto in stretta connessione con il principio personalista, che vede al centro la tutela della persona umana e della sua dignità ed esprime il principio della autodeterminazione del soggetto in ordine agli atti di disposizione del proprio corpo.

Si parla in proposito, data la natura chiusa del catalogo dei doveri, anche di un “diritto ad ammalarsi, a non curarsi o a lasciarsi morire”. Il diritto di ammalarsi chiaramente non significa la volontà di un soggetto di andare alla ricerca di una malattia o di non curarsi per pigrizia, indolenza o quanto altro. Con tale espressione si intende invece riferirsi alla libertà di un soggetto di autodeterminarsi in ordine alla propria salute, scegliendo tra i trattamenti consigliati e rifiutando quelli ritenuti non accettabili. Il fenomeno per questo non può essere esaminato in maniera astratta, ma deve far riferimento al caso concreto ed alla meritevolezza dei motivi posti a base della scelta.

La libertà di autodeterminarsi in ordine ai trattamenti sanitari si è espressa negli ultimi anni con riguardo alla possibilità di interrompere i trattamenti sanitari anche quando questi conducano certamente alla morte, attraverso la previsione, recentemente approvata dal parlamento italiano, anche di dichiarazioni anticipate in tal senso per l'ipotesi in cui il soggetto venga successivamente a trovarsi nella condizione di incapacità di manifestare la propria volontà<sup>1</sup>.

Lo stesso principio di autodeterminazione è posto al centro del dibattito tuttora in corso sulla legalizzazione del c.d. aiuto al suicidio, con riferimento al caso in cui un terzo (medico, amico o parente) svolga un'attività esecutiva per la realizzazione della volontà del paziente incapace di farlo personalmente (ad esempio condurre il paziente in auto ad una clinica svizzera dove viene praticata la c.d. morte dolce)<sup>2</sup>.

Quando parliamo di trattamento sanitario, facciamo riferimento ad un atto compiuto da un terzo (di regola da personale medico) sul corpo di un paziente, allo scopo di portare beneficio alla salute fisica o psichica dello stesso<sup>3</sup> ed in proposito la regola è rappresentata dalla volontarietà, mentre il carattere obbligatorio deve ritenersi l'eccezione.

Il consenso dell'interessato viene quindi ad assumere una importanza fondamentale, realizzando quella che è stata definita una sorta di rivoluzione copernicana rispetto al momento, neppure non troppo risalente, durante il quale il paziente ricoverato in ospedale veniva considerato una sorta di oggetto privo di diritti e posto sotto la cura dei medici che certamente avrebbero deciso per il meglio, ma sempre senza alcun coinvolgimento dell'interessato.

Il consenso sarà sempre necessario anche quando ad esempio un intervento chirurgico è senza dubbio diretto a migliorare la salute del paziente, dal momento che tale finalità, da sola, non è sufficiente a legittimare l'intervento allorché il paziente rifiuti coscientemente di sottoporsi al medesimo.

Per questo la necessità del c.d. consenso informato, a significare che il paziente deve ricevere prima del trattamento tutte le informazioni necessarie per porlo nella condizione di decidere con consapevolezza e la richiesta di firmare una dichiarazione in tal senso allo scopo di sollevare il personale medico da ogni responsabilità<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Il riferimento è alla legge 14 dicembre 2017, n. 219, contenente norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

<sup>2</sup> Il riferimento è al noto caso Cappato ed agli interventi della Corte costituzionale, la quale ha rilevato la parziale incostituzionalità della norma penale che sanzionava in ogni caso l'ipotesi di aiuto al suicidio, dando al parlamento circa un anno di tempo per intervenire. Successivamente, constatata l'inerzia del parlamento, la Corte ha provveduto a dichiarare la incostituzionalità della norma del codice penale (cfr. Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207 e sent. 22 novembre 2019, n. 839).

<sup>3</sup> Di conseguenza certi obblighi imposti al cittadino, come ad esempio quello di indossare il casco per viaggiare sulle moto oppure di allacciare le cinture sulle auto o ancora di indossare le mascherine, sono stati spesso del tutto impropriamente avvicinati ai trattamenti sanitari obbligatori, quali le vaccinazioni, in quanto non trattasi all'evidenza di trattamenti sanitari, per cui non possono ritenersi soggetti ai criteri ed alle condizioni relativi a questi ultimi.

<sup>4</sup> Accanto al consenso per la legittimità del trattamento medico, risulta necessario altresì che il trattamento si risolva in un atto che, secondo le conoscenze mediche del momento, vada a migliorare la salute del paziente. Qualora invece fosse certa la inutilità del trattamento oppure ancora di più il suo carattere dannoso, il trattamento, nonostante il consenso, dovrebbe essere considerato illegittimo con responsabilità a carico dei medici che lo hanno effettuato.

I trattamenti sanitari obbligatori costituiscono pertanto una eccezione rispetto alla regola ed è per questo che sono previste alcune specifiche garanzie per i diritti coinvolti e particolari condizioni per la loro legittimità.

Il carattere eccezionale è efficacemente sottolineato dalle espressioni utilizzate in proposito dal Costituente nell'art. 32.2 Cost. - da valorizzare in considerazione del significato anche simbolico che assume la formulazione di una disposizione in un testo come quello della costituzione - al di là della portata sostanziale della stessa.

Così per niente diverso sarebbe stato il risultato concreto a fronte di una formulazione di questo tipo: "i trattamenti sanitari obbligatori debbono essere specificamente previsti per legge, nel rispetto della persona umana". Evidente invece la sottolineatura del carattere assolutamente eccezionale nel testo della Costituzione, attraverso l'enfasi delle espressioni in negativo: "*nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*" (corsivi aggiunti).

La soluzione della obbligatorietà di un trattamento può pertanto essere vista come una *extrema ratio*, quando altre soluzioni meno impositive si ritengono o si sono rivelate inadeguate allo scopo.

### **3. Le condizioni esplicite della Costituzione per i t.s.o.: a) la riserva di legge (assoluta o relativa; formale o sostanziale; statale o anche regionale; specifica o generale)**

Il caso dei trattamenti sanitari obbligatori risulta essere pertanto puntualmente disciplinato dalla Costituzione che, al proposito, fissa due condizioni: una di carattere formale, l'altra di tipo invece sostanziale: la necessità di un intervento del legislatore e del rispetto, da parte di questi, della persona umana.

L'aspetto formale è stato esaminato in particolare sotto quattro diversi aspetti: a) la intensità, assoluta o relativa, della riserva di legge, nel senso di escludere o consentire un intervento normativo da parte di fonti del diritto di livello inferiore alla legge ed agli atti aventi forza di legge; b) la natura formale o sostanziale della riserva, nel senso di richiedere o meno una legge formale del parlamento e non atti diversi, pur se con forza di legge; c) la riserva alla sola legge statale oppure anche a quella regionale; d) la necessità di uno specifico intervento del legislatore per il singolo trattamento sanitario o la possibilità di fondare lo stesso anche su una legge espressiva di una finalità generale cui riconnettere il trattamento.

Sotto il primo aspetto (*sub a*), la posizione ampiamente dominante espressa dalla dottrina e confermata dalla giurisprudenza costituzionale è nel secondo senso, pur escludendo che le fonti secondarie possano prevedere nuove ipotesi di vaccinazione, ma possano contenere solamente elementi di specificazione di ipotesi espressamente previste dalla legge.

Il secondo aspetto (*sub b*) riguarda in particolare la possibilità di prevedere trattamenti sanitari obbligatori attraverso l'utilizzo del decreto-legge, messa in dubbio nella considerazione della sua efficacia immediata, tale quindi da determinare effetti irreversibili nei confronti di diritti fondamentali, non più riparabili dal successivo intervento parlamentare<sup>5</sup>. La tesi pare in realtà provare troppo, dal momento che l'effetto denunciato è conseguenza necessaria dell'istituto della decretazione d'urgenza, la quale non trova un limite costituzionale nel fatto di andare a disciplinare diritti fondamentali.

L'ammissibilità in materia dell'utilizzo del decreto-legge pare trovare implicita conferma nella recente decisione con cui la Corte costituzionale ha esaminato la questione di costituzionalità del c.d. decreto Lorenzin, con il quale è stata introdotta la obbligatorietà di una serie di vaccini per l'infanzia

---

<sup>5</sup> Cfr., tra gli altri, A. Negroni, *Art. 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, p. 787 ss.

attraverso appunto il decreto-legge e senza che ciò abbia costituito motivo di rilievo da parte della Corte costituzionale, né di impugnazione da parte della regione ricorrente<sup>6</sup>.

Il terzo aspetto è relativo alla possibilità di prevedere ipotesi di vaccinazione obbligatoria da parte di leggi regionali (*sub c*). La posizione prevalente è nel senso di escludere tale possibilità nella considerazione che si tratta di incidere su diritti fondamentali della persona, per cui non potrebbe essere accettato che solo gli abitanti di una regione siano assoggettati all'obbligo di vaccinazione e non quelli di altre regioni. La decisione di rendere un vaccino obbligatorio va infatti a coinvolgere il principio di eguaglianza e deve discendere, come vedremo, da una adeguata valutazione di dati scientifici, richiedendo di conseguenza misure necessariamente omogenee per tutto il territorio nazionale.

Qualora si verificassero situazioni eccezionali che coinvolgono una sola parte del territorio nazionale, la legge che impone la vaccinazione, quando anche potesse avere efficacia in una parte delimitata del paese, dovrebbe essere comunque espressa attraverso una legge statale e non di una singola regione.

In proposito la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi anche di recente, nel senso di una riserva di legge statale.

Con riguardo alla ricordata questione di costituzionalità del decreto Lorenzin, la Corte ha sostenuto che, pur in presenza nella materia di tutela della salute di un concorso di competenze statali e regionali, la decisione se rendere un vaccino obbligatorio chiama in causa anche il principio di eguaglianza, deve derivare dalla valutazione di dati scientifici e per questo richiede necessariamente misure omogenee per tutto il territorio nazionale, con l'obiettivo di raggiungere la c.d. immunità di gregge. Quindi ragioni logiche, prima che giuridiche, richiedono l'intervento del legislatore statale, che fissi la disciplina e le relative sanzioni<sup>7</sup>.

Successivamente, richiamandosi a tali principi, sono state dichiarate incostituzionali le leggi regionali che prevedevano per la generalità degli operatori sanitari vaccinazioni non previste, né raccomandate a livello nazionale<sup>8</sup> o che imponevano obblighi vaccinali per la iscrizione e l'accesso alla scuola dell'infanzia in Molise, discostandosi in ciò dalle disposizioni legislative statali<sup>9</sup>.

Un quarto problema (*sub d*) è quello relativo alla possibilità di derivare un obbligo di vaccinazione da principi e regole generali, anziché richiedere che l'obbligo di ogni specifica vaccinazione sia contenuto in una legge approvata *ad hoc*.

Un ampio dibattito si è svolto al proposito da parte di giuslavoristi, relativamente alla possibilità per il datore di lavoro di poter fondare un obbligo di vaccinazione sulla previsione generale secondo la quale il datore di lavoro deve assicurare la sicurezza dei luoghi di lavoro<sup>10</sup> oppure di poter inserire l'obbligo vaccinale tra quelli assunti nell'ambito del contratto di lavoro<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5.

<sup>7</sup> Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5.

<sup>8</sup> Corte cost. 6 giugno 2019, n. 137.

<sup>9</sup> Corte cost. 18 luglio 2019, n. 186.

Con sent. 12 marzo 2021, n. 37, è stata dichiarata incostituzionale la l. reg. Valle d'Aosta 9 dicembre 2020 n. 11, nella parte in cui essa regolava la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 sul territorio regionale, condizionando tutte le attività produttive, industriali e commerciali, professionali, di servizi alla persona, sociali, culturali, ricreative e sportive all'osservanza delle misure di sicurezza con essa introdotte, sulla base della affermazione per cui la materia della disciplina emergenziale contro la diffusione del virus Covid-19 ricade nella competenza esclusiva dello Stato ("profilassi internazionale"), comprensiva di ogni misura diretta a contrastare la pandemia in corso.

<sup>10</sup> Con riguardo alle due diverse posizioni emerse dal dibattito, v. P. Ichino e O. Mazzotta, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in *Quotidiano giuridico* ([www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it) 8 gennaio 2021).

<sup>11</sup> Ad esempio per particolari tipi di lavoro. Da un lato si potrebbe concludere in senso affermativo, nella considerazione che il rapporto di lavoro viene inevitabilmente a determinare una limitazione della propria libertà, come ad esempio il necessario rispetto dell'orario lavorativo obbliga a permanere per un certo tempo nel luogo di lavoro. Dall'altro però pare corretto replicare che l'autonomia contrattuale incontra limiti nella tutela di valori e principi che sono espressione di diritti fondamentali e la legge (non il contratto di lavoro) è indispensabile per stabilire un dovere in capo ad un cittadino.

In proposito si vedano le interessanti osservazioni di M. Massa, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 89 ss.

La soluzione costituzionalmente più corretta mi parrebbe nel senso di richiedere una specifica legge per il singolo trattamento sanitario imposto, derivando ciò sia dalla lettera della Costituzione che parla in proposito di un “*determinato* trattamento sanitario”, sia dal ricordato carattere eccezionale dello stesso, sia infine dalla necessità, come vedremo, per il legislatore di procedere ad un bilanciamento dei diversi valori in gioco e di farlo non in astratto, ma in concreto e quindi con riguardo ad una specifica ipotesi di trattamento sanitario<sup>12</sup>.

#### **4. Segue: il rispetto della persona umana: i presupposti secondo la giurisprudenza costituzionale e le deroghe all’obbligo di trattamento sanitario**

Oltre a prescrivere la necessità di uno specifico intervento legislativo allo scopo di imporre un trattamento sanitario, come certamente è quello della vaccinazione, la Costituzione pone in maniera esplicita ed anche implicita una serie di limiti al legislatore.

Riguardo ai primi, come abbiamo detto, l’art. 32.2 Cost. impone il “rispetto della persona umana”. Questa espressione indubbiamente abbastanza generica è stata meglio specificata da parte della elaborazione dottrina e soprattutto della giurisprudenza costituzionale.

Quest’ultima è infatti consolidata nel richiedere allo scopo la presenza di tre presupposti:

1) che si tratti congiuntamente di tutela sia della salute individuale che di quella collettiva, non potendosi ritenere sufficiente la presenza di una soltanto delle due finalità, in quanto se solo individuale deve prevalere la libertà di autodeterminazione, se solo collettiva non può essere richiesto come obbligo un sacrificio personale in nome di un interesse sociale;

2) che non rechi pregiudizio per la salute del paziente, non potendo il trattamento incidere, allo stato delle conoscenze mediche, negativamente sullo stato di salute del destinatario;

3) che, in caso di pregiudizio alla salute dovuto a vaccinazione obbligatoria, sia dovuto oltre al risarcimento dei danni anche un equo indennizzo.

Questo terzo presupposto è stato introdotto dalla giurisprudenza costituzionale la quale nel 1990 ha ritenuto incostituzionale la mancata previsione di un’equa indennità a carico dello Stato, ulteriore e diversa dal danno risarcibile ai sensi dell’art. 2043 cod. civ., in caso di danno derivante da malattia causata dalla vaccinazione obbligatoria antipolio, riportata dal paziente o da persona che lo aveva assistito<sup>13</sup>.

Successivamente la Corte costituzionale ha esteso l’obbligo di indennizzo anche con riguardo a conseguenze negative derivanti da vaccinazioni solamente raccomandate, specie quando può essere riscontrata una ampia ed insistita campagna di informazione e raccomandazione del vaccino.

A fronte pertanto di ipotesi di conseguenze negative derivanti da vaccinazioni solo consigliate, il giudice non può procedere autonomamente al riconoscimento di una indennità al richiedente, ma deve porre la questione di costituzionalità all’esame del Giudice costituzionale, il quale valuterà di volta in volta la conformità della legge impugnata alla Costituzione<sup>14</sup>.

I presupposti adesso ricordati, e derivati dalla giurisprudenza costituzionale, hanno ad oggetto elementi di tipo oggettivo da riscontare con riguardo alla singola legge che disciplina un determinato trattamento sanitario obbligatorio.

---

<sup>12</sup> L’esperienza recente della pandemia da Covid-19 ed il carattere mondiale della stessa, ha fatto discutere anche sulla possibilità di una disciplina unica a livello sopranazionale. Nella situazione attuale mi parrebbe molto difficile riconoscere ad esempio una tale competenza agli organi della Unione europea, mentre credo sia possibile riconoscere uno spazio di intervento alle Corti sovranazionali, quali il Tribunale europeo dei diritti dell’uomo o quello di giustizia dell’Unione europea.

<sup>13</sup> Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307.

<sup>14</sup> Da ultimo Corte cost. 22 giugno 2020, n. 118, con riguardo alle conseguenze derivanti da vaccinazione per epatite di tipo A.

L'obbligo può subire, e normalmente subisce, deroghe in considerazione della condizione particolare della persona, in tal senso ragioni di natura medico-sanitaria possono escludere certi soggetti dall'obbligo, in quanto il trattamento avrebbe effetti negativi certamente superiori a quelli positivi.

Maggiori problemi pone la possibilità di riconoscere, come ragioni di esenzione dall'obbligo, quelle fondate su motivazioni di carattere filosofico o religioso e più ancora in ragione della non condivisione degli effetti benefici del trattamento sanitario e del timore di effetti negativi.

Potremmo chiederci se il "rispetto della persona" imponga al legislatore che prevede un trattamento sanitario obbligatorio di riconoscere, sia per il personale medico che è chiamato a praticarlo, sia per i pazienti, una forma di obiezione di coscienza, al pari di quanto accade, per il personale medico e paramedico, in tema di aborto oppure è accaduto per l'obbligo del servizio militare.

La soluzione credo debba discendere dal tipo di trattamento obbligatorio e dalle finalità con esso perseguite, fondate come detto sulla presenza di un interesse pubblico e, con riguardo alle vaccinazioni obbligatorie, far concludere nel senso della irrilevanza di ragioni di coscienza specie se fondate sulla non condivisione dei risultati cui è giunta la scienza medica attraverso i suoi organismi normativamente riconosciuti come rappresentativi.

La normativa che fissa il limite di velocità per le auto, diversificato a seconda del tipo di strada, è fondata sulla base dell'accertata pericolosità della circolazione sopra quella velocità. Certamente nessuno penserebbe alla possibilità di non rispettare i limiti di velocità, adducendo la propria personale convinzione che la guida ad una velocità superiore a quella consentita non può ritenersi pericolosa.

## **5. Le condizioni implicite: il bilanciamento tra principi costituzionali. Le vaccinazioni obbligatorie per tutta la popolazione o per singole categorie. Le sanzioni in caso di violazione dell'obbligo; l'ipotesi dell'onere**

Il tema, sul quale torneremo successivamente, trova il suo inquadramento ed elementi per la sua soluzione sulla base di quelli che ho indicato come "limiti impliciti" che i principi costituzionali pongono al legislatore che intenda stabilire un trattamento sanitario obbligatorio, ossia il necessario bilanciamento tra i diversi principi e valori costituzionali ed il rapporto che viene a porsi tra le scelte del legislatore ed i risultati della scienza medica.

Sul ruolo centrale – ad evitare la tirannia di un diritto sull'altro – dell'attività di necessario bilanciamento tra i differenti diritti in gioco, riservato alle scelte politiche del legislatore, e della conseguente attività di controllo del Giudice costituzionale in ordine alla ragionevolezza della scelta legislativa, in termine di logicità, congruenza e proporzionalità, non è certo il caso di indugiare in questa sede. Ugualmente inutile ricordare come il legislatore ed i giudici siano tenuti, come ha ammonito in più occasioni la Corte costituzionale, a tenere in debito conto i risultati tecnici cui è pervenuta la ricerca scientifica, ad evitare una dichiarazione di incostituzionalità per irragionevolezza<sup>15</sup>.

La ragione di una legge molto spesso è infatti strettamente legata ai risultati scientifici raggiunti e tiene conto degli stessi. Così ad esempio il ricordato decreto Lorenzin ha introdotto la obbligatorietà di alcuni vaccini per minori, sulla base del dato scientifico che attestava una possibile ripresa di diffusione del virus del morbillo a causa del calo dei vaccini sotto la soglia della c.d. immunità di gregge, dopo che in un primo momento la scelta del legislatore era stata nel senso di lasciare alle regioni la possibilità di sperimentare modalità differenti da quelle dell'obbligo.

---

<sup>15</sup> In proposito v., volendo, R. Romboli, *Il giudizio di ragionevolezza: "una nozione di famiglia, non suscettibile di definizione esaustiva"*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di Bergonzini, Cossiri, Di Cosimo, Guazzarotti, Mainardis, Torino, 2019, p. 567 ss.



Nell'ambito dei trattamenti sanitari obbligatori il più conosciuto, e per questo anche maggiormente studiato, è certamente quello delle vaccinazioni obbligatorie, le quali possono astrattamente avere come destinatari l'intera popolazione oppure solo certe specifiche ed individuate categorie di persone.

In quest'ultima direzione molti degli interventi legislativi hanno riguardato l'obbligo di vaccinazione per i minori con riferimento ad una individuata serie di malattie ed al pericolo di una diffusione del virus, attestato dai risultati della ricerca medica.

Molti, come noto, i problemi che si sono posti in proposito, specie nelle ipotesi di genitori che si sono rifiutati, per diversa convinzione personale e per diffidenza sugli effetti del trattamento, di sottoporre i figli al vaccino o allorché i genitori si sono espressi in proposito in maniera difforme. Un ruolo centrale, sulla base della giurisprudenza costituzionale e di quella della Corte di Strasburgo, ha assunto l'interesse superiore del minore, che ha legittimato in alcuni casi l'intervento dell'autorità giudiziaria<sup>16</sup>.

Sul tema delle vaccinazioni obbligatorie per minori si è pronunciata proprio in questi giorni, per la prima volta, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui pronuncia risulta particolarmente interessante e significativa, in quanto consente di riflettere sulle implicazioni derivanti dalla eventuale decisione degli stati di imporre l'obbligo vaccinale<sup>17</sup>.

Nella specie i ricorrenti avevano contestato la decisione di non ammissione dei figli alla scuola materna o la ammenda alla quale erano stati condannati, davanti ai giudici amministrativi e poi davanti alla Corte costituzionale<sup>18</sup>, invocando il diritto di poter rifiutare un trattamento medico, anche in base a convinzioni religiose, opponendosi a quella che essi avevano qualificato come una "sperimentazione irresponsabile sulla propria salute" e ponendo in rilievo gli effetti secondari e potenzialmente nocivi del vaccino.

La Corte di Strasburgo ha richiamato ampiamente la giurisprudenza costituzionale comparata, fra cui quella del *Conseil constitutionnel* francese, delle Corti costituzionali ungherese, della Macedonia del nord, italiana, moldava, serba, slovacca, slovena e del Regno unito, che hanno affrontato questioni di costituzionalità relative alla vaccinazione obbligatoria, specie su minori. Nessuna di queste corti, ha rilevato la Corte Edu, ha mai dichiarato incostituzionale la legge che ha previsto la vaccinazione, ma tutte hanno sempre ritenuto la questione non fondata, attraverso diverse motivazioni, tra le quali l'aspetto più ricorrente è quello della tutela della salute pubblica e comunque di un interesse generale della società<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Richiamandosi all'obbligo, costituzionalmente previsto, dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, recentemente un giudice amministrativo ha ritenuto che un genitore non può limitarsi al rifiuto del vaccino, ma è tenuto ad indicare le ragioni specifiche che rendono, in quel caso, il vaccino non consigliato e debbono dare di ciò la dimostrazione e produrre le prove (Tar Abruzzo, sez. I, 12 marzo 2020, n. 107, *Foro amm.*, 2020, p. 513).

<sup>17</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, grande camera, 8 aprile 2021, *Affaire Vavricka c. Repubblica Ceca*, *Foro it.*, 2021, IV, p. 353.

<sup>18</sup> La Corte costituzionale ceca aveva dichiarato che la vaccinazione obbligatoria deve ritenersi una limitazione ammissibile del diritto fondamentale di manifestare liberamente le proprie convinzioni religiose, dal momento che si tratta di una misura necessaria in una società democratica, per la protezione della sicurezza pubblica, della salute e della libertà degli altri e che questa restrizione non deve però significare una applicazione incondizionata dell'obbligo vaccinale senza tenere in conto aspetti o motivi personali del rifiuto. Specificamente la Corte aveva dichiarato che: "il soggetto pubblico che si pronuncia in ordine alla esecuzione dell'obbligo vaccinale o sulla sanzione da infliggere in caso di violazione dell'obbligo, deve tenere in conto i motivi eccezionali posti a fondamento del rifiuto di vaccinazione. Se esistono ragioni 'eccezionali' a tutela dell'autonomia della persona, nonostante la presenza di un interesse pubblico opposto, si deve rinunciare ad imporre ed a sanzionare". Il ricorso è stato respinto dalla Corte costituzionale in quanto ritenuto manifestamente privo di fondamento.

<sup>19</sup> La Corte Edu ha esaminato il problema in particolare sotto l'aspetto della presunta violazione dell'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare), ritenendo rispettata la riserva di legge, termine da intendere nella sua accezione "sostanziale" e non "formale", vale a dire come diritto scritto, quindi non solo legislativo, ma anche come fonti secondarie, di rango inferiore alla legge. La scelta del legislatore ceco è stata ritenuta giustificata da "una legittima finalità", essendo l'obiettivo quello della protezione contro malattie suscettibili di creare un rischio grave per la salute e "necessaria in una società democratica", in quanto rispondente ad una necessità sociale "imperieuse" ed essendo i motivi invocati dalle autorità nazionali per giustificare l'intervento "pertinenti e sufficienti", nonchè "proporzionati" allo scopo da perseguire.



La Corte Edu conclude quindi nel senso che la questione non è quella di sapere se un'altra politica meno prescrittiva sarebbe stata possibile, ma piuttosto quella di valutare se, nel bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, le autorità ceche si siano mantenute entro il margine di apprezzamento loro riconosciuto e, a giudizio della Corte, ciò è avvenuto nel caso esaminato, per cui è stata esclusa una violazione dell'art. 8 Cedu<sup>20</sup>.

Qualora il legislatore ritenga di scegliere, nel rispetto dei principi costituzionali richiamati, per la obbligatorietà del vaccino, anziché per la semplice raccomandazione, si pone quale logica conseguenza anche quella di prevedere le sanzioni per il caso in cui tale obbligo non venga rispettato.

Il necessario rispetto della persona umana, imposto dall'art. 32.2 Cost., esclude la possibilità di ricorrere alla forza per imporre il vaccino.

Per questo è da ritenere certamente incostituzionale l'ipotesi di alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame, quale trattamento sanitario obbligatorio, sia che venga prevista attraverso un'apposita legge, sia che, a mio giudizio erroneamente, venisse legittimata sulla base dell'obbligo di custodia dello Stato e dell'amministrazione carceraria nei confronti dei detenuti<sup>21</sup>.

Il legislatore potrà scegliere tra un tipo di sanzione più severa, quale quella penale o meno afflittiva come una sanzione amministrativa, nonché ovviamente graduarne la misura all'interno dell'uno o dell'altro tipo di sanzione, anche con riguardo ad eventuali ipotesi di recidiva o di rifiuto assoluto e permanente, che potrebbe dare luogo (come accadde per la obiezione di coscienza al servizio militare) al fenomeno della spirale di condanne.

Una sorta di via intermedia, come già dicevamo, può essere vista nella figura giuridica dell'onere, che si distingue dall'obbligo per non porsi come prescrizione vincolante, ma solo quale adempimento necessario allo scopo di poter usufruire di servizi o comunque di esercitare certe attività.

L'elemento distintivo tra la figura dell'obbligo e quella dell'onere, di per sé chiaro dal punto di vista giuridico-astratto, rischia in concreto di risultare assai sottile fino quasi a scomparire nella sua applicazione pratica.

Questo innanzi tutto in quanto la differenza in larga misura viene a dipendere dall'importanza – a livello soggettivo e oggettivo – del servizio o della utilità che viene esclusa in caso di mancata vaccinazione. In certi casi può risultare meno gravosa la sanzione (ad esempio una sanzione pecuniaria di lieve entità) rispetto all'onere (una vaccinazione richiesta per poter accedere al lavoro).

Inoltre nella pratica la distinzione può finire per non esistere, risolvendosi in una mera questione di formulazione della norma.

Si pensi alla previsione di un obbligo di vaccinazione a carico di minori per la cui inosservanza è stabilita la sanzione della mancata iscrizione alle scuole di infanzia e la scelta al contrario di fare una forte raccomandazione alla medesima vaccinazione, prevedendo che in assenza di vaccinazione i bambini non possono essere iscritti alle scuole di infanzia. Nel primo caso la disposizione sarebbe formulata in termini di obbligo, mentre nel secondo di onere, ma all'evidenza senza alcuna differenza sotto l'aspetto sostanziale.

---

<sup>20</sup> A giudizio della Corte europea la misura della vaccinazione obbligatoria deve essere vista sotto l'aspetto della solidarietà sociale, essendo lo scopo quello di proteggere la salute di tutti, in particolare delle persone particolarmente vulnerabili di fronte a certe malattie, di fronte al quale obiettivo il resto della popolazione è invitato a prendersi un rischio minimo facendosi vaccinare.

<sup>21</sup> Per i detenuti che attuano lo sciopero della fame, come atto di manifestazione di un loro pensiero o come atto di protesta, il rifiuto del cibo finisce in certi casi per essere l'unica possibilità di far sentire la propria voce. L'alimentazione forzata non può essere legittimata, per le ragioni che abbiamo detto, sulla base di una generica previsione di obbligo di garantire la incolumità dei detenuti, come pure è da escludere che una deroga ai principi costituzionali ed in particolare alla tutela della loro dignità, possa derivare dalla condizione di detenuto.

Qualora fosse poi approvata una legge specifica che autorizzasse l'alimentazione forzata da parte delle autorità carcerarie, questa legge sarebbe da ritenere incostituzionale in quanto contraria al "rispetto della persona umana".

*Parte seconda***1. La vaccinazione anti Covid-19 come diritto e la determinazione delle priorità: aspetti formali e sostanziali**

La presa di coscienza della esistenza del Covid-19, della sua progressiva espansione e degli effetti drammatici che andava producendo, ha trovato tutti impreparati, soprattutto noi italiani che per primi in Europa abbiamo avuto la sorte di sperimentarlo.

Ripensando a quel momento il sentimento che meglio mi pare rappresentarlo è quello della paura, derivante soprattutto dal non sapere cosa fare, né quando saremmo potuti tornare alla normalità. Rimanere chiusi nelle proprie case oppure cercare di spostarsi verso luoghi ritenuti più sicuri, la ricerca affannosa di mascherine, gel igienizzanti, guanti monouso, assolutamente introvabili o venduti quasi al mercato nero.

Il vero, indubbio elemento nuovo rispetto a questa situazione si è avuto con l'approvazione e messa in commercio del vaccino contro il Covid-19 che ha aperto una fase nuova ed una concreta speranza di potercela fare.

Il problema principale è quindi divenuto quello dell'approvvigionamento di vaccini da parte dei singoli stati, coordinati, nei limiti del possibile, dagli organi competenti della Unione europea.

La domanda è subito apparsa di gran lunga superiore all'offerta ed alle disponibilità, per questo l'aspetto che maggiormente si è manifestato con riguardo al vaccino è stato quello del "diritto" al vaccino<sup>22</sup>, il quale si è espresso concretamente attraverso la necessità di fissare delle priorità nella distribuzione.

Una scelta davvero difficile e oltremodo importante, tanto da potersi definire senza enfasi una "scelta tragica", al pari di quella cui i presidi ospedalieri si erano visti costretti ad operare con riguardo alla assegnazione dei posti letto in terapia intensiva, quando il loro numero non era sufficiente a coprire le esigenze di chi ne aveva assoluta necessità.

Scegliere a chi consentire in via prioritaria di vaccinarsi ha determinato in concreto salvare di vita di qualcuno a scapito di qualcun altro, per questo la necessità di una scelta ben meditata, democraticamente discussa e comunicata in forme tali da rendere note a tutti le ragioni della stessa ed i motivi posti a fondamento. Questi possono giustificarsi in quanto tendenti a salvaguardare una o più categorie ritenute di importanza basilare per la lotta alla pandemia oppure per la finalità di evitare una maggiore diffusione del virus, in considerazione del tipo di attività esercitata e dei necessari contatti con altre persone.

Le scelte operate in proposito nel nostro paese hanno lasciato molto a desiderare sia nella forma che nella sostanza.

Sotto il primo aspetto – stante l'importanza di una scelta che andava ad incidere sul più importante dei diritti fondamentali, in quanto presupposto di tutti gli altri – sarebbe dovuto risultare chiaro e indiscusso che la competenza doveva essere esclusivamente quella dello Stato secondo criteri uniformi per l'intero territorio nazionale<sup>23</sup>.

Quanto all'atto con cui stabilire le priorità la soluzione più appropriata parrebbe essere stata quella di un piano nazionale, con scelte fondate su documentate basi scientifiche ed approvato, almeno nei criteri informativi, attraverso una legge, in maniera tale da rispettare il principio democratico

---

<sup>22</sup> N. Rossi, *Il diritto di vaccinarsi. Criteri di priorità e ruolo del parlamento*, in *Questione giustizia*, 4 gennaio 2021.

<sup>23</sup> M. Cartabia, *Relazione introduttiva* al Webinar del 4 febbraio 2021, su "Per amore o per forza? I vaccini al cospetto della Corte costituzionale", ha osservato giustamente come le regioni possono in proposito svolgere solo un ruolo del tutto ausiliario, quale quello di indicare eventuali focolai nel territorio regionale.

attraverso una pubblica discussione in aula e la conseguente assunzione di responsabilità, anziché con un atto del ministro della salute<sup>24</sup>.

Sotto l'aspetto sostanziale discutibile la indicazione e l'applicazione pratica di alcune categorie cui riconoscere la precedenza, individuate nel personale sanitario, nelle forze di polizia e negli insegnanti.

Con riguardo a questi ultimi, in pratica ha finito per avere la precedenza il personale amministrativo delle università – che di regola svolgeva servizio dalla propria abitazione e quindi senza alcun contatto con altre persone – anche molto giovane, rispetto ad altre categorie certamente più a rischio e con la conseguenza di non riuscire a giustificare il diverso trattamento riservato al personale di cui sopra rispetto al personale amministrativo di altri enti pubblici svolgenti un'identica attività.

## **2. Una legge che stabilisca l'obbligo generalizzato del vaccino anti Covid-19: profili di costituzionalità**

Il numero limitato di vaccini disponibili è stata presumibilmente una delle ragioni per le quali il problema della obbligatorietà del vaccino anti Covid-19, almeno in un primo momento, è apparso per niente praticabile e la scelta quindi è stata nel senso di una raccomandazione, dapprima per questo neppure molto insistita ed accompagnata da una informazione insufficiente sulle proprietà del vaccino e sulle possibili conseguenze. Emblematica in proposito l'altalena di notizie, determinate dalle incertezze manifestate anche a livello scientifico e forse causate anche da ragioni di ordine commerciale, relative ai destinatari del vaccino Astrazeneca, che ha determinato una grossa confusione in quanti avrebbero voluto vaccinarsi.

Una legge che avesse imposto, in presenza di una quantità di vaccini tale da coprire l'intera popolazione, la obbligatorietà del vaccino anti Covid-19, non credo che avrebbe potuto porre problemi di costituzionalità a fronte della situazione epidemiologica presente nel nostro paese<sup>25</sup>. Si pensi che il c.d. decreto Lorenzin del 2017 ha previsto la obbligatorietà di una serie di vaccini per minori, specificamente per quello contro il morbillo, in presenza di una situazione che aveva fatto registrare quattro morti.

Sul punto il Comitato nazionale per la bioetica nel 2020, ha espresso una duplice raccomandazione: a) nessuno deve subire un trattamento sanitario, dovendosi far prevalere il consenso; b) ove non vi fosse il senso di responsabilità individuale e le condizioni socio-sanitarie lo richiedessero, non deve essere esclusa la possibilità di un obbligo vaccinale, specie per gruppi professionali a rischio di trasmissione del virus e comunque solo per il tempo che sussista un significativo pericolo per la collettività.

Nel giudicare sulla costituzionalità del ricordato decreto Lorenzin, la Corte costituzionale ha sostenuto che la decisione se rendere un vaccino obbligatorio chiama in causa anche il principio di eguaglianza, deve derivare dalla valutazione di dati scientifici e richiede necessariamente misure omogenee per tutto il territorio nazionale, con l'obiettivo di raggiungere la c.d. immunità di gregge. Per questo ragioni logiche, prima che giuridiche, richiedono l'intervento del legislatore statale, che fissi la disciplina e le relative sanzioni.

In ordine alla obbligatorietà della vaccinazione la Corte ha rilevato come il contemperamento di molteplici principi lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo.

---

<sup>24</sup> Di recente la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare come i piani di vaccinazione, eventualmente affidati a presidi regionali, debbono svolgersi secondo criteri nazionali fissati dalla normativa statale per contrastare la pandemia, essendo necessaria in proposito una visione d'insieme (sent. 12 marzo 2021, n. 37).

<sup>25</sup> Si è espresso in maniera del tutto favorevole ad una vaccinazione obbligatoria, tale da poter fronteggiare con rapidità ed efficacia la diffusione della pandemia, A. Ruggeri, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *dirittifondamentali*, 22 maggio 2021.

Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia<sup>26</sup>.

La Corte ha quindi nuovamente sottolineato l'importanza che vengono ad assumere per le scelte del legislatore in materia di vaccinazioni i risultati espressi dalla ricerca scientifica, anche se questo non potrà, a mio avviso, mai giungere ad annullare lo spazio che comunque deve essere lasciato alle scelte politiche della maggioranza<sup>27</sup>, delle quali la stessa deve assumersi la responsabilità.

In altri termini, nonostante l'importanza ed il rilievo che devono essere riconosciuti alle risultanze scientificamente dimostrate, obbligo del legislatore è dimostrare di tenerne conto, nella sua attività di bilanciamento che conduce alla scelta legislativa, quale uno degli elementi della ponderazione, senza però doversi necessariamente appiattare sugli stessi. E' proprio della politica infatti fare le scelte che tendano ad ottenere i migliori risultati imponendo i minori sacrifici possibili alle libertà ed ai diritti dei cittadini, contemperando la tutela della salute, con le esigenze della economia, con quelle alimentari e con la garanzia dei diritti fondamentali.

### **3. Le ragioni per le quali non è stata finora approvata una legge impositiva del vaccino per tutti. L'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata**

Al momento in cui scriviamo la vaccinazione contro il Covid-19 resta fortemente consigliata dai rappresentanti delle nostre istituzioni e si susseguono, ai più alti livelli, i pressanti inviti a vaccinarsi<sup>28</sup>, mentre non è stata approvata una legge che imponga a tutti la vaccinazione.

Le ragioni di una simile scelta, pur se a mio avviso costituzionalmente praticabile, sono diverse.

Innanzitutto, come dicevamo, la mancanza di vaccini per tutti che di per sé escludere la possibilità di stabilire un obbligo di vaccinazione generalizzato.

Una seconda ragione può essere vista nella necessità, data la obbligatorietà del trattamento sanitario come *extrema ratio* desumibile dai principi costituzionali, di procedere prima con il metodo della

<sup>26</sup> Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5, la quale rileva come il legislatore, intervenendo in una situazione in cui lo strumento della persuasione appariva carente sul piano della efficacia, ha reso obbligatorie dieci vaccinazioni: meglio, ha riconfermato e rafforzato l'obbligo, mai formalmente abrogato, per le quattro vaccinazioni già previste dalle leggi dello Stato, e l'ha introdotto per altre sei vaccinazioni che già erano tutte offerte alla popolazione come "raccomandate". Con la recente decisione 31 maggio 2021, n. 819 il *Conseil constitutionnel*, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni limitative di libertà costituzionali allo scopo di ridurre il diffondersi del virus, si è espresso in termini analoghi, richiamando l'obiettivo del legislatore di tutelare un valore costituzionale quale quello della protezione della salute e la competenza esclusiva del medesimo ad operare un bilanciamento tra i differenti valori in gioco, pur nella necessità di tenere in conto i pareri e le conclusioni del comitato tecnico scientifico. Il *Conseil* ha infatti affermato come: "il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur de ce risque, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquante au regard de la situation présente".

<sup>27</sup> Secondo G. Zagrebelsky, *La regola e l'eccezione*, in "La Repubblica", 29 luglio 2020, in caso di posizioni unanimesi da parte della comunità scientifica, lo spazio delle scelte politiche si ridurrebbe quasi a zero.

<sup>28</sup> Solo in questi ultimi giorni sono intervenuti con decisione sia il presidente del consiglio dei ministri Mario Draghi (22 luglio 2021) il quale ha sostenuto che "l'appello a non vaccinarsi è un appello a morire. O a fare morire. Senza vaccinazione si deve chiudere tutto di nuovo", sia il Presidente della repubblica Mattarella (28 agosto 2021), il quale ha ribadito che vaccinarsi «è un dovere non in obbedienza a un principio astratto, ma perché nasce dalla realtà concreta che dimostra che il vaccino è lo strumento più efficace di cui disponiamo per difenderci e per tutelare i più deboli e i più esposti a gravi pericoli». In merito ha fatto sentire la sua voce pure Papa Francesco (18 agosto 2021), il quale ha affermato che "grazie a Dio e al lavoro di molti oggi abbiamo vaccini per proteggerci dal Covid-19. Questi danno la speranza di porre fine alla pandemia ma solo se sono disponibili per tutti e se collaboriamo gli uni con gli altri [...] vaccinarsi, con vaccini autorizzati dalle autorità competenti, è un atto di amore e contribuire a far sì che la maggior parte della gente si vaccini è un atto di amore [...] Vaccinarci è un modo semplice ma profondo di promuovere il bene comune e di prenderci cura gli uni degli altri, specialmente dei più vulnerabili".

persuasione e ricorrere all'obbligo solo in caso che il primo non abbia funzionato. Ciò unitamente alla difficoltà di prevedere un sistema sanzionatorio efficace nei riguardi dell'intera popolazione.

Una terza ragione è stata vista nella volontà di sottrarsi ad una responsabilità per danni derivanti dalla applicazione del vaccino e ad una serie di condanne al pagamento di un equo indennizzo, dal momento che questo è previsto solo in casi di vaccinazione obbligatoria e non solo raccomandata<sup>29</sup>. In realtà, se è vero che in questi casi è necessario uno specifico intervento del Giudice costituzionale, pare davvero difficile pensare, sulla base della giurisprudenza costituzionale, che la questione di costituzionalità, nel nostro caso, non sarebbe accolta, stante la fortissima campagna di promozione e raccomandazione della vaccinazione, come dimostrato dagli interventi appena sopra menzionati.

La ragione maggiormente valorizzata fa riferimento alle modalità attraverso le quali è stata approvata la messa in commercio del vaccino, dalle quali deriverebbe una scarsa affidabilità del medesimo che scongiurerebbe la sua generalizzata imposizione attraverso un obbligo.

La commercializzazione di un vaccino, in base alla normativa vigente nella Ue, passa attraverso una raccomandazione da parte della Agenzia europea per i medicinali (Ema) che valuta la sicurezza, l'efficacia e la qualità del vaccino, sulla cui base la Commissione europea può procedere ad autorizzare la commercializzazione sul mercato dell'Ue, dopo aver consultato gli stati membri che debbono esprimersi favorevolmente a maggioranza qualificata.

La normativa Ue prevede uno strumento normativo specifico per consentire la rapida messa a disposizione di medicinali da utilizzare in situazioni di emergenza. In tali situazioni di emergenza, la procedura di autorizzazione all' "immissione in commercio condizionata" (Cma) è specificamente concepita per consentire una autorizzazione il più rapidamente possibile, non appena siano disponibili dati sufficienti, pur fornendo un solido quadro per la sicurezza, le garanzie e i controlli post-autorizzazione<sup>30</sup>.

L'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata segue, a giudizio della Commissione<sup>31</sup>, un quadro solido e controllato e fornisce valide garanzie di un elevato livello di protezione dei cittadini nel corso di una campagna di vaccinazione di massa e che costituiscono una componente essenziale della strategia dell'Ue in materia di vaccini e che distinguono nettamente questa ipotesi dalla c.d. "autorizzazione di emergenza", istituto diverso che non autorizza un vaccino, bensì l'uso temporaneo di un vaccino non autorizzato.

Tutti gli stati membri dell'UE hanno formalmente sottoscritto la strategia sui vaccini proposta dalla Commissione, convenendo congiuntamente di applicare la procedura di autorizzazione all'immissione in commercio condizionata attraverso l'Agenzia europea per i medicinali per i vaccini anti Covid-19.

La procedura di immissione in commercio condizionata è stata da alcuni ritenuta un tipo di accertamento sommario e provvisorio, condotto in nome della emergenza, tale quindi da non consentire la previsione di un obbligo vaccinale, possibile solamente allorché si abbia il passaggio

---

<sup>29</sup> In tal senso *Osservatorio per la legalità costituzionale, Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto Green Pass*, in *Questione giustizia*, 2021, 4 agosto 2021.

<sup>30</sup> Ai fini della sua valutazione, come risulta dal documento della Commissione europea: "Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei vaccini anti Covid-19 nella Ue. Domande e risposte", 11 dicembre 2020, l'EMA svolgerà un esame indipendente, approfondito e meticoloso di tutte le prove presentate dallo sviluppatore di vaccini. Il processo prevede diverse modalità di bilanciamento dei poteri e si basa su un sistema di valutazioni *inter pares* con molti esperti coinvolti: due relatori responsabili della valutazione, un valutatore (*peer reviewer*), comitati e gruppi di lavoro specializzati (ad esempio il comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza (PRAC) per quanto riguarda la sicurezza, il gruppo di lavoro "Biologia" per quanto riguarda la qualità) e infine il Comitato per i medicinali per uso umano dell'EMA (composto da membri di tutti i paesi dell'UE) che formula la raccomandazione.

<sup>31</sup> Commissione europea, "Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata", cit.

dalla autorizzazione condizionata a quella standard e quindi a vaccini dagli effetti provati e consolidati dal tempo<sup>32</sup>.

La scarsa sicurezza del vaccino che impedirebbe un obbligo generalizzato dovrebbe portare ragionevolmente ad escludere qualsiasi obbligo anche se rivolto, come vedremo tra poco, ad una determinata e circoscritta categoria di persone, non potendo nessuno essere obbligato ad un trattamento sanitario che non offre sufficienti garanzie.

La immissione in commercio condizionata non è, come abbiamo detto, una procedura *extra ordinem* ideata per fronteggiare la pandemia da Covid-19, ma una possibilità già da tempo vigente e, come sottolineato<sup>33</sup>, già applicata per ben trenta volte, per cui pare del tutto improprio parlare del vaccino anti Covid-19 come di un vaccino sperimentale.

Del resto, come da più parti rilevato, nessuna vaccinazione può ritenersi a rischio zero e la certezza sugli effetti a medio e lungo termine del vaccino richiederebbe la possibilità di utilizzare la macchina del tempo<sup>34</sup>.

Qualche anno fa la Corte costituzionale ha esaminato la questione di costituzionalità della normativa che ha previsto la vaccinazione obbligatoria contro l'epatite virale di tipo B, impugnata per la omessa previsione di accertamenti preventivi – “idonei quanto meno a ridurre il rischio, pur percentualmente modesto, di lesioni della integrità psico-fisica per complicanze da vaccino” e “volti alla verifica della sussistenza di eventuali controindicazioni alla vaccinazione, nonché della specificazione dei tipi di accertamenti che debbono a tal fine compiersi” – ritenendo la visita obiettiva e la raccolta dell'anamnesi non sufficienti per escludere la presenza delle molteplici patologie, anche asintomatiche, che costituiscono controindicazioni alle vaccinazioni.

La Corte ha sottolineato la complessità di accertamenti che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, possano individuare con la maggiore precisione possibile le complicanze potenzialmente derivabili dalla vaccinazione e determinare se e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità siano praticabili su un piano di effettiva fattibilità, non mancando di rilevare come “la prescrizione indiscriminata e generalizzata di *tutti* gli accertamenti preventivi possibili, per *tutte* le complicanze ipotizzabili e nei confronti di *tutte* le persone da assoggettare a *tutte* le vaccinazioni oggi obbligatorie” renderebbe “di fatto praticamente impossibile o estremamente complicata e difficoltosa la concreta realizzabilità dei corrispondenti trattamenti sanitari” (corsiivi aggiunti)<sup>35</sup>.

Se nessuno può negare la maggiore sicurezza derivante da una approvazione che segua una procedura standard<sup>36</sup>, allo scopo di valutare una legge che imponga in maniera generalizzata o per categorie di cittadini un vaccino approvato attraverso la immissione in commercio condizionata, neppure si deve prescindere, come in molte occasioni ha sottolineato il Giudice costituzionale, dal contesto fattuale nel quale la scelta del legislatore viene a calarsi e soprattutto quali sono le ipotesi alternative che si possono concretamente prospettare.

A fronte di centinaia di vittime al giorno lo strumento del vaccino risulta l'unico strumento tale da tutelare, come richiede l'art. 32 Cost., la salute individuale e quella collettiva e da impedire il diffondersi del virus.

---

<sup>32</sup> A. Mangia, *Obbligo vaccinale. Il giurista: basta una legge, ma Draghi non lo farà*, intervista di Ferrà, in “Il Sussidiario.net”, 17 luglio 2021.

<sup>33</sup> I. Massa Pinto, *Volete la libertà? Eccola*, in *Questione giustizia*, 2021, 3 agosto 2021

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258.

<sup>36</sup> È notizia di questi giorni (“La Repubblica”, 25 agosto 2021) la decisione della *Food and drug administration* (Fda) di approvare “in via definitiva” il vaccino Pfizer, tale da aprire negli Usa la strada all'obbligo di vaccino per tutti i lavoratori del settore pubblico. In Italia il Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze della vita ha espresso “parere favorevole all'obbligatorietà vaccinale, con specifico riferimento a coloro che svolgono funzioni pubbliche e comunque attività lavorative che pongano il cittadino a stretto e continuo contatto con altri soggetti”.



#### **4. L'obbligo di vaccinazione per una determinata categoria, il d.l. 44/2021 per gli esercenti la professione sanitaria: conformità alla Costituzione ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue**

Il legislatore italiano, come noto, finora non ha ritenuto di approvare una legge con cui stabilire l'obbligo generale di vaccinazione contro il Covid-19, ma lo ha invece fatto di recente con riferimento ad una specifica categoria di lavoratori.

Anche a seguito di alcuni fatti assai pubblicizzati dalla stampa relativi alla diffusione del virus in case di cura per pazienti anziani da parte di personale sanitario che si era rifiutato di vaccinarsi, il 1° aprile di questo anno è stato approvato un decreto legge con cui è stato previsto l'obbligo vaccinale per il personale sanitario.

Il d.l. 44/2021, convertito senza sostanziali modificazioni, con la l. 76/2021, ha previsto, tra l'altro, l'obbligo di vaccinazione anti Covid per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche o private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali.

Il decreto (art. 4) si esprime inequivocabilmente nel senso dell'obbligo ("sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione"), anche se, subito dopo, la previsione parrebbe configurabile quale onere ("la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione").

Lo scopo, esplicitato nel decreto, è quello di tutelare – accanto ovviamente alla salute individuale - la salute pubblica e di mantenere adeguate condizioni di sicurezza nella erogazione delle prestazioni di cura e assistenza.

L'unico motivo di esenzione dall'obbligo è costituito dal caso di accertato pericolo per la salute in relazione a specifiche condizioni cliniche attestate dal medico di medicina generale, escludendo implicitamente ipotesi di obiezione di coscienza sulle quali tornerò tra un momento.

Allo scopo è previsto un complesso procedimento attraverso il quale si deve giungere ad incrociare l'elenco degli esercenti la professione sanitaria con i dati relativi allo stato vaccinale di ciascuno dei soggetti rientranti negli elenchi, per derivarne la segnalazione all'azienda sanitaria dei nominativi dei non vaccinati, la quale deve avvertire gli interessati che debbono documentare di essere vaccinati o di essersi prenotati per il vaccino.

Il procedimento coinvolge le regioni, gli ordini professionali e le aziende sanitarie e risulta abbastanza complesso, tanto che da alcuni è stato denunciato il fatto che, nonostante la presenza di personale sanitario non vaccinato, la sanzione della sospensione di diritto dallo svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comunque il rischio di diffusione del virus risultava applicata in un numero piuttosto limitato di casi.

Per la sussistenza dell'obbligo è fissato uno specifico limite temporale ("fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021") e la sanzione stabilita è quella della sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o da mansioni che implicano contatti interpersonali o comunque il rischio di diffusione del virus. Il lavoratore può essere adibito, quando possibile, a mansioni anche inferiori o quando non è possibile è sospeso dal lavoro senza trattamento economico.

La previsione dell'obbligo attraverso un atto avente forza di legge, la natura temporanea dell'obbligo, la finalità di tutela della salute individuale e congiuntamente di quella collettiva, la esclusione di una sottoposizione forzata alla vaccinazione rappresentano elementi che portano a concludere per la legittimità costituzionale della normativa in questione.

Ugualmente possiamo concordare con chi ha rilevato che la stessa non possa ritenersi irragionevole – in considerazione delle specifiche mansioni svolte dai destinatari dell'obbligo e delle condizioni di fragilità dei pazienti, nonché della mancata adesione volontaria alla campagna di vaccinazione di parte non indifferente del personale medico – né discriminatoria, dal momento che l'obbligo vaccinale è

superabile e solo la libera scelta del professionista di non vaccinarsi determina l'applicazione delle sanzioni<sup>37</sup>.

E' stato sostenuto che l'obbligo vaccinale porrebbe dubbi di conformità con l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue), secondo cui "ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica" e viene in proposito avanzata l'ipotesi di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, ai sensi dell'art. 267 Tfue, la quale dovrebbe esprimersi indicando una soluzione uniforme per tutta l'Unione europea nel senso di un sì o un no all'obbligo vaccinale, palesando altresì, nella prima ipotesi, l'applicazione da parte della Corte costituzionale dei c.d. controlimiti<sup>38</sup>.

La posizione adesso riassuntivamente richiamata solleva più di una perplessità.

Innanzitutto la Cdfue può trovare applicazione, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia, solo relativamente a materie di competenza della Unione europea e non come una Carta dei diritti con efficacia generale per qualsiasi tipo di rapporto e di disciplina.

Le perplessità riguardano però anche l'aspetto sostanziale, reso evidente dalla esemplificazione dello stesso art. 3 proprio con riguardo all'ambito della medicina e della biologia.

È stabilito infatti che debbono essere rispettati: "a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali fonte di lucro; d) il divieto di clonazione riproduttiva di essere umani".

Per il tema trattato l'art. 3 Cdfue non pare aggiungere elementi ulteriori rispetto a quelli già richiesti dalla nostra Costituzione, così come interpretata dalla Corte costituzionale. Ad ogni buon conto quest'ultima, a partire dal 2017<sup>39</sup>, ha suggerito ai giudici nazionali, allorchè si ponga un problema di possibile contrasto, congiuntamente, di una norma costituzionale e di una contenuta nella Cdfue, di rivolgersi prioritariamente al Giudice costituzionale nazionale.

Anche il riferimento ai controlimiti appare inappropriato, dal momento che trattasi di istituto – come noto dai contorni non del tutto definiti e comunque da utilizzare con grande cautela, come ha mostrato il caso Taricco – che viene in considerazione come reazione dello stato alla imposizione di una normativa derivante dall'Unione europea che viene ritenuta in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e con i diritti inalienabili della persona umana.

Nel nostro caso invece si tratterebbe di una normativa nazionale che, se ritenuta in contrasto con i principi della nostra Costituzione, avrebbe solo che da essere portata al controllo della Corte costituzionale.

Quanto poi alla ipotesi di una soluzione uniforme per l'Unione europea, vale richiamare quanto ha sostenuto, con riferimento all'ordinamento del Consiglio d'Europa e della Cedu, dalla ricordata recente pronuncia della Corte di Strasburgo a proposito del margine di apprezzamento inevitabilmente da riconoscere in questa materia ai singoli stati, posti nella migliore condizione per valutare l'obbligo vaccinale con riguardo alla situazione presente nel paese (livello di diffusione del virus, percentuale delle persone che volontariamente hanno accolto la raccomandazione a vaccinarsi ecc.)<sup>40</sup>.

Nei giorni in cui stiamo scrivendo il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato su un tema analogo a quello affrontato con il d.l. 44/2021 e relativamente ad una legge che prevede, per il lavoratore che non presenta il *passé sanitaire* e non sceglie di utilizzare ferie o congedi retribuiti, che venga comunicata il giorno stesso la sospensione dal lavoro e dalle funzioni. Il *Conseil*, in considerazione

<sup>37</sup> B. Liberali, *Vaccinazioni contro il Covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, in *Diritti comparati*, 15 aprile 2021.

<sup>38</sup> A. Mangia, *Obbligo vaccinale e green pass: "Moro contro Draghi, l'Europa sta con l'ex Dc*, intervista di Ferraù, in "Il Sussidiario.net", 5 agosto 2021.

<sup>39</sup> Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269, poi puntualizzata nelle sue affermazioni da Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20 e 21 marzo 2010, n. 63.

<sup>40</sup> In proposito basti pensare alle misure prese da ciascun stato per far fronte alla pandemia, in alcuni casi assai diverse, pur se ispirate chiaramente alla stessa finalità. Così a fronte di chi ha ritenuto di procedere alla c.d. chiusura totale (*lockdown*), altri hanno, almeno in primo momento, pensato di raggiungere la c.d. immunità di gregge, evitando qualsiasi chiusura.

della finalità, di valore costituzionale, di limitare la propagazione del virus e di tutelare la salute, nonché del carattere temporaneo della normativa e della sua applicazione solamente per certe attività o certi luoghi maggiormente a rischio di contagio, ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità<sup>41</sup>.

## 5. Segue: il significato dell'approvazione del d.l. 44/2021 e l'ipotesi di una obiezione di coscienza per il personale medico

L'approvazione del d.l. 44/2021 pare mostrare, *per tabulas*, che il legislatore ha ritenuto insufficiente la normativa generale sulla sicurezza dei luoghi di lavoro a fondare un obbligo di vaccinazione, giudicando necessaria una specifica legge.

Parrebbe quindi da escludere la possibilità di estendere per analogia questa disciplina ad altre categorie di lavoratori, sulla base della stessa *ratio*, nella considerazione che trattasi di soggetti che, per il tipo di attività svolta, possono determinare una maggiore diffusione del virus. Il carattere eccezionale che la Costituzione riconosce ai trattamenti sanitari obbligatori, considerati, come abbiamo visto, una *extrema ratio*, esclude una interpretazione estensiva o analogica dell'obbligo vaccinale.

Una valutazione senz'altro positiva del comportamento del legislatore deve essere comunque espressa per avere in tal modo fatto chiarezza circa i presupposti specifici dell'obbligo, i destinatari, il procedimento, le sanzioni e quanto altro, mentre una disciplina a carattere generale avrebbe lasciato troppi spazi alle libere scelte dell'imprenditore e avrebbe determinato con quasi certezza un contenzioso davanti all'autorità giudiziaria, la quale pure si sarebbe vista riconoscere un potere interpretativo eccessivamente ampio con riguardo ad una decisione destinata ad incidere sui diritti fondamentali del lavoratore.

Ci si è chiesto perché l'obbligo vaccinale sia stato previsto solo per il personale medico e non anche per altri tipi di attività per le quali potrebbero valere le stesse ragioni, quali il personale scolastico o quello relativo alla amministrazione della giustizia (magistrati e avvocati)<sup>42</sup>.

Se può escludersi una applicazione analogica, non può dirsi altrettanto per la possibilità che qualche giudice sollevi la questione di costituzionalità della normativa in questione, attraverso la tecnica del *tertium comparationis*, per denunciare la violazione dell'art. 3 Cost. e della ragionevolezza della discriminazione rispetto ad altre categorie di lavoratori, richiamandosi alle finalità perseguite dall'obbligo vaccinale imposto al personale sanitario.

Sulla base di quanto siamo venuti dicendo, in assenza di una legge che introduca, in via generale o per alcune categorie di persone, l'obbligo vaccinale, ognuno ha il diritto, costituzionalmente riconosciuto, di non vaccinarsi, senza la necessità di fornire alcuna motivazione e senza che a suo carico possa derivare alcuna forma di costrizione derivante dal generico principio di solidarietà, dovendosi distinguere il senso civico dall'obbligo giuridicamente vincolante.

Se esiste, come abbiamo visto, il diritto a non sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario (anche quando questo rifiuto conduca certamente alla morte), credo non possa negarsi, in assenza di una legge, il diritto a rischiare di ammalarsi.

Allorché invece sia approvata una legge che introduca l'obbligo di vaccinazione, potrebbe porsi la questione relativa alla necessità che la stessa riconosca ai destinatari una forma di obiezione di coscienza, vale a dire la possibilità di sottrarsi all'obbligo invocando ragioni di coscienza<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Conseil constitutionnel 5 agosto 2021, n. 824, secondo cui: "en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu limiter la propagation de l'épidémie de covid-19. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé".

<sup>42</sup> A. Mangia, *Obbligo vaccinale e green pass*, cit.

<sup>43</sup> B. Liberali, *Vaccinazioni contro il Covid-19*, cit.

Questo aspetto è stato affrontato dalla Corte Edu nella recente ricordata decisione relativa all'obbligo di vaccinazione di minori nella repubblica ceca, con riferimento ad una supposta violazione dell'art. 9 Cedu (libertà di pensiero, di coscienza e di religione).

Il ricorrente si era richiamato infatti a motivi di coscienza, fondati soprattutto sulla scarsa attendibilità del vaccino ed a ragioni di salute. La Corte ha richiamato i propri precedenti con riguardo alla odc al servizio militare ed all'ipotesi di aiuto al suicidio (caso Pretty del 2002) ed ha concluso che i generici motivi sui quali era fondato il ricorso non erano tali da assumere un grado sufficiente di forza, serietà, di coerenza e di importanza da poter giustificare una applicazione dell'art. 9 Cedu<sup>44</sup>.

Nel caso del d.l. 44/2021, come ricordato, l'unica ragione di esonero è stata indicata nei motivi di salute del destinatario dell'obbligo, per cui deve escludersi la possibilità per i medici di richiamarsi a ragioni di coscienza, ammissibile solo in caso di espressa previsione da parte della legge.

In questa ipotesi comunque parrebbe quasi paradossale che una legge approvata per far fronte, tra l'altro, all'alto numero di medici che non si erano volontariamente vaccinati, imponendo l'obbligo, consenta poi loro, per ragioni di coscienza, di non osservarlo.

Possiamo poi chiederci se meriti riconoscimento la posizione, non proprio isolata, di quei medici che fondano il loro rifiuto su ragioni di natura scientifica, ponendosi criticamente rispetto al procedimento seguito per l'autorizzazione alla messa in commercio, alla scarsa efficacia del vaccino o ai possibili effetti negativi dello stesso.

A parte l'evidente effetto negativo e di disorientamento che un simile atteggiamento viene ad esercitare sui propri pazienti e sul resto della popolazione, dal momento che la scelta di raccomandare anche fortemente o addirittura di imporre un vaccino risulta, come dicevamo, necessariamente fondata sui risultati della scienza medica fornita dagli organi rappresentativi, potremmo chiederci se quei medici possano, in dissenso con tali risultati, continuare ad esercitare la loro attività professionale.

Ragionare su una esenzione dall'obbligo di vaccinazione del personale medico per ragioni di coscienza, dovrebbe portare, per ragioni logiche, a porre analogo problema anche con riguardo all'attività del personale medico e paramedico di vaccinare i pazienti, giusto per le ragioni di cui sopra (inutilità o dannosità del vaccino).

Potremmo pensare a riconoscere l'odc del medico, testimone di Geova, che rifiuti, per ragioni di coscienza, di procedere alla trasfusione di sangue di un paziente, causandone la morte?

Per ragioni analoghe è sempre stata esclusa la obiezione di coscienza di un giudice di fronte ad una norma che non condivide, non potendo le sue convinzioni personali giustificare una disapplicazione della stessa.

## **6. Tra obbligo e raccomandazione: la Certificazione verde Covid-19 quale onere e stimolo a vaccinarsi. Il succedersi dei decreti legge: aspetti di costituzionalità e la disarmonia dell'obbligo di Certificazione per gli insegnanti. Non una limitazione di diritti fondamentali, ma la realizzazione delle condizioni per il loro esercizio**

Tra la raccomandazione, quale semplice invito a vaccinarsi e l'obbligo imposto per legge, in via generale o per categorie di persone, si colloca la figura giuridica dell'onere, che può essere utilizzata allo scopo di spingere, con maggiore forza, ad effettuare il vaccino senza (o prima di) giungere ad imporlo con l'obbligo. Ciò in perfetta coerenza con la qualificazione costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio quale *extrema ratio*.

---

<sup>44</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, grande camera, 8 aprile 2021, Affaire Vavricka c. Repubblica Ceca, in *Foro it.*, 2021, IV, 353.

È quanto in generale sta accadendo nel nostro paese con la previsione e progressiva valorizzazione della “Certificazione verde Covid-19” (da adesso CVC), oggetto di valutazioni di segno diverso, anche esattamente opposto.

Il CVC è stato previsto con il d.l. 52/2021<sup>45</sup>, il cui art. 9 ha stabilito le condizioni per ottenerlo<sup>46</sup>, il periodo di validità, diverso a seconda della condizione in base alla quale è rilasciato, il campo di applicazione ed i limiti di utilizzo.

Lo stesso decreto ha poi previsto che solamente coloro che sono in possesso del CVC possono permanere nelle sale di attesa dei dipartimenti d'emergenza e accettazione e dei reparti di pronto soccorso se accompagnatori dei pazienti non affetti da Covid e dei pazienti disabili di (art. 2-bis) e possono partecipare alle feste conseguenti alle cerimonie civili o religiose, anche al chiuso, anche organizzate mediante servizi di catering e banqueting (art. 8-bis).

Accanto a queste ipotesi che prescrivono l'onere del possesso del CVC per poter accedere a determinati luoghi, il decreto ha altresì previsto la mera possibilità di stabilire nelle linee guida che l'accesso sia riservato ai possessori di CVC per spettacoli aperti al pubblico ed eventi sportivi e per fiere, convegni e congressi, ma solo “con riferimento a particolari eventi”.

In caso di accesso a determinati luoghi o partecipazione ad eventi per i quali è richiesto il CVC, senza esserne in possesso, è prevista una sanzione da 400 a 1.000 euro, che in casi di reiterata violazione viene raddoppiata.

Con il d.l. 105/2021<sup>47</sup> è stato inserito al d.l. precedente un art. 9-bis attraverso il quale, in maniera chiara ed inequivoca, sono stati elencati una serie di servizi ed attività, alle quali, in zona bianca, possono accedere esclusivamente i soggetti muniti di CVC<sup>48</sup>.

Il successivo d.l. 111/2021<sup>49</sup> ha aggiunto, a sua volta un art. 9-ter ed un 9-quater, rispettivamente rivolti all'ambito scolastico e universitario ed ai mezzi di trasporto.

Quest'ultimo, seguendo gli stessi criteri appena indicati limita ai soli soggetti muniti di CVC l'accesso e l'utilizzo di una serie di mezzi di trasporto<sup>50</sup>, mentre l'art. 9-ter risulta in realtà, quanto a

---

<sup>45</sup> D.L. 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni in legge 17 giugno 2021, n. 87, contenente misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da Covid-19. Da sottolineare la tecnica legislativa utilizzata nell'art. 9 a proposito del certificato verde Covid-19, nel quale assai opportunamente, a beneficio degli interpreti, vengono specificamente indicate le definizioni di termini utilizzati nella disposizione: “certificazioni verdi Covid”, “vaccinazione”, “test molecolare”, “test antigenico rapido”, “piattaforma nazionale digital green”.

<sup>46</sup> Queste le tre condizioni: a) avvenuta vaccinazione; b) avvenuta guarigione; c) effettuazione di test antigenico rapido o molecolare con esito negativo

<sup>47</sup> D.L. 23 luglio 2021 n. 105, misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche.

<sup>48</sup> Queste le attività e servizi: a) servizi di ristorazione svolti da qualsiasi esercizio per il consumo al tavolo, al chiuso; b) spettacoli aperti al pubblico, eventi e competizioni sportivi; c) musei, altri istituti e luoghi della cultura e mostre; d) piscine, centri natatori, palestre, sport di squadra, centri benessere, anche all'interno di strutture ricettive, limitatamente alle attività al chiuso; e) sagre e fiere, convegni e congressi; f) centri termali, parchi tematici e di divertimento; g) centri culturali, centri sociali e ricreativi, limitatamente alle attività al chiuso e con esclusione dei centri educativi per l'infanzia, compresi i centri estivi, e le relative attività di ristorazione; h) attività di sale gioco, sale scommesse, sale bingo e casinò; i) concorsi pubblici. Lo stesso decreto aggiunge anche gli spettacoli aperti al pubblico in sale teatrali, sale da concerto, sale cinematografiche, locali di intrattenimento e musica dal vivo.

<sup>49</sup> D.l. 6 agosto 2021, n. 111, misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie e in materia di trasporti.

<sup>50</sup> Questi i mezzi di trasporto indicati: a) aeromobili adibiti a servizi commerciali di trasporto di persone; b) navi e traghetti adibiti a servizi di trasporto interregionale, ad esclusione di quelli impiegati per i collegamenti marittimi nello Stretto di Messina; c) treni impiegati nei servizi di trasporto ferroviario passeggeri di tipo Intercity, Intercity Notte e Alta Velocità; d) autobus adibiti a servizi di trasporto di persone, ad offerta indifferenziata, effettuati su strada in modo continuativo o periodico su un percorso che collega più di due regioni ed aventi itinerari, orari, frequenze e prezzi prestabiliti; e) autobus adibiti a servizi di noleggio con conducente, ad esclusione di quelli impiegati nei servizi aggiuntivi di trasporto pubblico locale e regionale.

contenuto, assai più vicino all'esaminato d.l. 44/2021 che non agli art. 9, 9-bis e 9 quater del d.l. 52/2021.

In questo caso infatti si fa riferimento, almeno per il personale docente, non tanto ad una limitazione in ordine al godimento di alcuni servizi o all'accesso a determinati luoghi, quanto alla possibilità degli insegnanti di continuare ad esercitare la propria attività lavorativa.

La mancanza del CVC equivale infatti per questi ultimi ad assenza ingiustificata e, a decorrere dal quinto giorno di assenza, il rapporto di lavoro è sospeso e non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato.

La situazione si presenta pertanto assai simile a quella del personale sanitario, anche se per questo il d.l. 44/2021 si esprime in termini di obbligo di vaccinazione, a dimostrazione come in alcuni casi il margine di distinzione tra obbligo ed onere sia davvero molto sottile e quasi inesistente<sup>51</sup>. Tanto che suona fuori luogo, nell'art. 9-ter, il riferimento alla sanzione amministrativa per quanti svolgano la loro attività in mancanza del CVC, essendo la sanzione già espressa dall'esser considerato prima assente ingiustificato e poi sospeso dal lavoro senza retribuzione.

L'art. 9-ter appare quindi come una disarmonia difficile da giustificare.

Un elemento nuovo che caratterizza il d.l. 111/2021 consiste nella sua efficacia limitata nel tempo, specificamente dal 1° settembre al 31 dicembre 2021, specificazione che non ricorreva nei precedenti decreti.

Molte sono state le critiche rivolte alla introduzione del CVC e alla indicazione del relativo campo di applicazione.

Per alcuni si è trattato della introduzione nel nostro ordinamento di un sostanziale obbligo di vaccinazione, anche surrettiziamente sotto forma di onere<sup>52</sup>, una "spinta gentile" che nasconderebbe in realtà "un pungiglione", in quanto determinerebbe una limitazione di diritti fondamentali<sup>53</sup>.

Al proposito vale innanzi tutto rilevare come il CVC è stato previsto attraverso un atto avente forza di legge e che pare assolvere ai limiti imposti dalla Costituzione all'art. 32 per i trattamenti sanitari obbligatori, non potendosi quindi condividere che si sia trattato di un aggiramento della riserva assoluta di legge e dei principi costituzionali previsti per l'obbligo di vaccinazione<sup>54</sup>.

In ogni caso una simile impostazione pare tenere a base una nozione di libertà come libertà assoluta accogliendo, come è stato esattamente sottolineato, un concetto arcaico e presociale di libertà, disgiunto dalla responsabilità verso la collettività<sup>55</sup> e contro ogni forma di convivenza, tale da potersi vedere come l'anticamera del "bellum omnium contra omnes"<sup>56</sup>.

Il CVC viene quindi indicato come una imposizione surrettizia e indiretta di un obbligo vaccinale per quanti intendano circolare liberamente ed usufruire di certi spazi o servizi, volendo legittimamente rifiutare un trattamento sanitario non obbligatorio<sup>57</sup>, mentre per altri, chi pretende di astrarsi dalla dimensione collettiva di una epidemia fortemente contagiosa, rifiutando la vaccinazione, non può aspirare ad essere ammesso a forme di vita sociale nelle quali si manifesta il

<sup>51</sup> Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5, ha sottolineato come nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico.

<sup>52</sup> Osservatorio per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale*, cit.

<sup>53</sup> A. Mangia, *Obbligo vaccinale e green pass*, cit.

<sup>54</sup> Osservatorio per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale*, cit.

<sup>55</sup> N. Rossi, *Venerdì 6 agosto 2021. Esordisce la certificazione verde*, in *Questione giustizia*, 6 agosto 2021.

<sup>56</sup> G. Azzariti, *Vaccino e green pass, impariamo a leggere la Costituzione*, in "Il Manifesto", 28 luglio 2021.

Sulla nozione di "libertà naturale", v. le interessanti osservazioni di I. Massa Pinto, *Volete la libertà?*, cit.

<sup>57</sup> Osservatorio per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale*, cit.



rischio di contagio<sup>58</sup>; e possono quindi ritenersi legittimamente limitati in alcune loro libertà coloro che, potendosi vaccinare e contro l'opinione della comunità scientifica, non lo facciano<sup>59</sup>.

La questione credo debba essere diversamente impostata, in quanto il CVC deve essere visto non come un elemento che determina una limitazione delle libertà, bensì come uno strumento che, con l'intento certamente anche di incentivare la vaccinazione spontanea, determina le condizioni in presenza delle quali determinati diritti, anche fondamentali, possano essere esercitati in sicurezza, evitando situazioni che possano causare una diffusione del virus.

In altri termini consentire l'accesso allo stadio solamente a quanti sono in possesso del CVC significa permettere lo svolgimento in pubblico di una gara di calcio in situazione di sicurezza. L'alternativa non sarebbe certo quella di una partecipazione di tutti allo stadio, bensì, come è accaduto per molti mesi, quella degli stadi chiusi.

La messa in commercio del vaccino ha reso possibile riaprire locali, consentire certe manifestazioni, usufruire di determinati servizi, ma a condizione che ciò avvenga in condizioni di sicurezza e queste sono state individuate nell'essere vaccinati.

Non una limitazione di diritti costituzionali, ma una previsione per rendere possibile, a tutti coloro che la osservino, di poterli esercitare. In sicurezza, evitando ipotesi di possibile diffusione del contagio.

La necessità della patente di guida per poter condurre veicoli su strade pubbliche non può ritenersi una limitazione della libertà di circolare, ma una prescrizione a garanzia della propria incolumità e di quella degli altri.

La legge con cui è stato regolato il CVC certamente non si sottrae, al pari di tutte le leggi, ad una valutazione circa la sua ragionevolezza e proporzionalità, con riguardo ad esempio sia alla reale possibilità per tutti di potersi vaccinare<sup>60</sup>, sia a che sia scientificamente dimostrata la connessione tra diffusione del virus e avvenuta vaccinazione o alla possibilità di pervenire agli stessi risultati con misure meno restrittive.

Il *Conseil constitutionnel* ha esaminato di recente la questione di costituzionalità della legge che ha regolato in Francia la "tessera sanitaria", limitando l'accesso a certi luoghi o avvenimenti che possono implicare assembramenti alle persone in possesso della tessera, giudicando la stessa infondata, sulla base delle finalità delle disposizioni impugate<sup>61</sup>.

Successivamente una nuova questione è stata proposta al *Conseil* con riferimento alla subordinazione al possesso della tessera sanitaria per l'accesso a certi luoghi, quali i grandi magazzini, i centri commerciali ed i trasporti pubblici.

Anche in questo caso la conclusione è stata nel senso della infondatezza e dell'equilibrata ponderazione da parte del legislatore dei differenti valori costituzionali in gioco.

In particolare il *Conseil* ha rilevato come le misure sono state prese sulla base dell'accertamento scientifico che persone con le caratteristiche indicate riduce fortemente la circolazione del virus, che trattasi di misure a carattere temporaneo, per un periodo per il quale il legislatore ha valutato vi fosse il rischio di contagio (fino al 15 novembre 2021) e che i luoghi scelti sono quelli dove l'attività presenta per sua natura un rischio particolare di diffusione, per cui non viene introdotto né un obbligo di cura, né di vaccinazione<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> N. Rossi, *Venerdì 6 agosto 2021*, cit.

<sup>59</sup> F. Melzi D'Eril, Vigevani, *Ecco perché il Green pass è costituzionale e può limitare alcune libertà*, in "ilsole24ore.com", 17 luglio 2021.

<sup>60</sup> C. Bertolino, *"Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza*, in *Federalismi.it*, 16 giugno 2021

<sup>61</sup> Conseil constitutionnel 31 maggio 2021, n. 819, secondo cui: "le législateur a entendu limiter l'application des dispositions contestées aux cas où il est envisagé de mettre en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu. Par ailleurs, il a précisé que cette réglementation doit être appliquée « en prenant en compte une densité adaptée aux caractéristiques des lieux, établissements ou événements concernés, y compris à l'extérieur, pour permettre de garantir la mise en œuvre de mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus »".

<sup>62</sup> Conseil constitutionnel 5 agosto 2021, n. 824.

---

**Abstract**

*Lo scritto esamina in una prima parte i principi costituzionali in tema di vaccinazioni obbligatorie, relativamente in particolare in relazione al diritto fondamentale alla salute ed al significato del consenso informato ai trattamenti sanitari, nonché alle condizioni fissate dalla Costituzione e ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale per la legittima imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, quali le vaccinazioni obbligatorie e le relative sanzioni. Nella seconda parte gli stessi principi vengono esaminati con riferimento alla esperienza della emergenza sanitaria da Covid-19 tuttora in corso e con riferimento alle diverse fasi in cui essa si è concretamente sviluppata. Vengono quindi analizzate le tematiche della vaccinazione prima come diritto e poi come obbligo, le ragioni della mancata approvazione di una legge generale circa l'obbligo di vaccinazione e la limitazione dell'obbligo stesso solo per i medici e per il personale sanitario e la legittimità dell'onere della Certificazione Verde (c.d. greenpass).*

**Parole chiave:** Costituzione, diritto alla salute, trattamento sanitaria, vaccinazione obbligatoria, Certificato verde, Covid-19 (Greenpass)

\*

*The article first examines the constitutional principles on the subject of compulsory vaccinations, particularly in relation to the fundamental right to health and the meaning of informed consent to health treatments, as well as the conditions established by the Constitution and obtainable from constitutional jurisprudence for legitimate imposition of mandatory health treatments, such as mandatory vaccinations and related sanctions.*

*In the second part, the same principles are examined with reference to the experience of the health emergency from Covid-19 still underway and with reference to the different phases in which it has actually developed. The issues of vaccination are then analyzed first as a right and then as an obligation, the reasons for the non-approval of a general law regarding the obligation to vaccinate and the limitation of the obligation itself only for doctors and health personnel and the legitimacy of the burden of the Green Certification (so-called greenpass).*

**Key words:** Constitution, right to health, health treatment, compulsory vaccination, Green certificate, Covid-19 (Greenpass)