



Valeria De Santis*

Dalla *necessità* dell'obbligo vaccinale alla *realtà* del green pass **

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. - 2. Alcuni punti fermi: il vaccino come trattamento diretto a migliorare e preservare la salute individuale e collettiva. I limiti della solidarietà. - 2.1. Obbligo vaccinale per il personale medico e sociosanitario. Precauzione e rischio di diffusività del contagio. - 3. Vaccinazione obbligatoria o raccomandata: valutazione del contesto di fatto e indicazioni medico - scientifiche. - 3.1. Collaborazione scientifica internazionale e creazione del vaccino contro il Covid-19: immissione in commercio condizionata. - 4. Vaccino come requisito per lo svolgimento di determinate attività lavorative. - 4.1. Vaccino e sicurezza dei luoghi di lavoro. - 4.1.1. Mancanza di una disciplina unitaria ed incertezze applicative: l'esempio dell'ordinanza della Regione Sicilia 7 luglio 2021, n. 7. - 5. Esigenze di prevenzione ed estensione del c.d. *green pass*: introduzione. - 5.1. Origini, trasformazione e legittimità del *green pass* - 5.2. *Green pass*: una "spinta" sempre meno "gentile". - 6. Considerazioni conclusive a partire dalle decisioni della Corte Edu e del Consiglio d'Europa sull'opportunità dell'obbligo vaccinale: convincere e non imporre.

non nobis solum nati sumus
M. T. Cicerone, *De Officiis*

* Ricercatrice confermata di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Napoli 'Parthenope'

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*. Corre l'obbligo di precisare che nelle more delle procedure di referaggio la materia oggetto del presente lavoro è stata oggetto di modifiche con l'adozione del d.l. 26 novembre 2021, n. 172, adottato in ragione della necessità di contrastare il consistente aumento dei casi di contagio in tutta Europa e particolarmente preoccupante in alcune Regioni italiane. Il d.l. n. 172 del 2021 introduce l'obbligo della terza dose di richiamo ed estende l'obbligo vaccinale al personale della scuola, del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale e polizia penitenziaria. Sotto questo profilo, il decreto interviene proprio nel senso auspicato nel presente lavoro, imponendo l'obbligo per categorie particolarmente esposte al contagio e alla diffusione del virus (di seguito, in part. §§. 4.-4.1.2). Inoltre il Governo rafforza la disciplina del *green pass*, la cui validità viene ridotta da 12 a 9 mesi. Dal 6 dicembre 2021 l'accesso a spettacoli, eventi sportivi, bar e ristoranti al chiuso, feste e discoteche, cerimonie pubbliche sarà consentito in gialla e arancione solo ai possessori del *green pass* rafforzato, ovvero, solo se si è guariti o vaccinati. Una eccezione riguarda gli accompagnatori di persone non autosufficienti e disabili. Quindi, con il passaggio della zona in gialla e arancione le attività ricreative e commerciali non subiscono limitazioni perché le preclusioni all'accesso riguardano chi non possiede il certificato verde rafforzato. In via temporanea, il *green pass* rafforzato entra in vigore anche in zona bianca per il periodo dal 6 dicembre al 15 gennaio, mentre in zona gialla e arancione è in vigore dal 29 novembre e senza una scadenza temporale. Il *green pass* base resta dunque utilizzabile essenzialmente per accedere al luogo di lavoro, per salire sui mezzi di trasporto a lunga percorrenza, oltre che in palestra e in piscina e attività sportiva al chiuso, musei, fiere, convegni, centri termali, parchi divertimento e impianti di sci. Dal 6 dicembre il *green pass* base necessario anche per: alloggiare negli alberghi e nelle altre strutture ricettive, accedere agli spogliatoi per l'attività sportiva, utilizzare i mezzi del trasporto ferroviario regionale e del trasporto pubblico locale, ossia, metropolitane, autobus e tram. Le limitazioni aggiuntive di recente introduzione non cambiano la natura del *green pass* (su cui di seguito in part. §§. 5-5.2) e sembrano essenzialmente necessitate dall'aumento dei contagi e dall'esigenza di scongiurare ulteriori chiusure in zona gialla e arancione.

1. *Delimitazione del tema.*

Dopo decenni in cui la riflessione giuridica in materia di salute è stata in prevalenza attratta dall'esigenza di delimitare ed ampliare il profilo soggettivo del diritto alla salute, l'emergenza pandemica sposta l'attenzione sulla dimensione collettiva della salute, come condizione per l'esercizio di altri diritti e realizzazione dell'uguaglianza tra gli individui, secondo quanto già chiaramente delineato nella riflessione in Assemblea costituente¹. Che la salute della comunità costituisca necessario presupposto di sviluppo economico e sociale è di evidenza oggettiva: ad una *società* malata corrisponde un'*economia* malata. Tale considerazione sebbene costituisca un truismo, appare comunque centrale perché giustifica misure, anche limitative dei diritti individuali, ancora necessarie nell'attuale momento in cui il tasso dei contagi e la diffusione di varianti non consentono di ritenere superata l'emergenza.

A due anni dall'inizio della pandemia, la disponibilità di diversi vaccini, la loro dimostrata efficacia e l'esistenza di sempre maggiori conoscenze scientifiche sull'evoluzione del Covid-19 rendono possibili strategie di ripresa della vita economica e sociale "vigilata", puntando sull'obbligo vaccinale per i sanitari, intensificazione della campagna vaccinale ed estensione dell'uso del certificato verde vaccinale (c.d. *green pass*).

La necessità di estendere il numero di cittadini vaccinati per affrontare la ripresa, le resistenze alla vaccinazione di una parte della popolazione e le tensioni che hanno accompagnato l'adozione del *green pass* offrono l'occasione per fare qualche riflessione sulle misure che possono essere adottate in base alla Costituzione a tutela della salute come interesse fondamentale della comunità e condizione del suo sviluppo socioeconomico.

Al fine di inquadrare le più recenti misure di contrasto alla pandemia nell'ambito dei principi costituzionali, di seguito, si proverà quindi a riflettere in via preliminare su quali sono le condizioni che rendono legittimo sotto il profilo costituzionale introdurre l'obbligo vaccinale (§§ 2.-3) per poi soffermarsi sulle criticità derivanti dall'introduzione dell'obbligo vaccinale contro il Covid-19 per il personale sanitario (§ 4.), sulla progressiva estensione dell'uso del *green pass* vaccinale (§ 5.) e sull'opportunità politica di un eventuale estensione dell'obbligo vaccinale (§ 6.).

¹ A.C. 19 e 24 aprile 1947, gli atti dell'Assemblea costituente possono essere consultati sul sito della Camera dei deputati (legislatureprecedenti.camera.it/). Sulla strumentalità del diritto alla salute come condizione di sviluppo della personalità dei singoli, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano Giuffrè, 1972, 435 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 656 ss.; G. SCACCIA, *Art. 32*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, Il Mulino, 2018, 214; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2009, 3. Sui lavori dell'A.C., in part., V. POCAR, *Sessant'anni dopo. L'art. 32 della Costituzione e il diritto all'autodeterminazione*, in *Sociologia del diritto*, 2009, 159 ss.

2. *Alcuni punti fermi: il vaccino come trattamento diretto a migliorare e preservare la salute individuale e collettiva. I limiti della solidarietà.*

Nella generale incertezza determinata da un quadro emergenziale in evoluzione, il Governo negli ultimi mesi ha adottato una serie di misure tese a favorire l'adesione alla campagna vaccinale, restando la vaccinazione contro il Covid-19 non obbligatoria per la generalità dei cittadini. Senza lasciare spazio a facili condizionamenti "emotivi", determinati da una situazione pandemica senza precedenti, le misure adottate dal Governo vanno lette alla luce dei consolidati principi elaborati da dottrina e giurisprudenza costituzionale in materia di obblighi sanitari e del principio di solidarietà, posto dall'art. 2 Cost. a regolare il rapporto tra diritti e doveri.

A tale scopo non sembra inutile fissare preliminarmente alcuni punti fermi e rammentare che la decisione di rendere un trattamento sanitario *obbligatorio* costituisce il risultato di una valutazione discrezionale che può essere presa solo dal legislatore statale con legge o con atto con forza di legge, quando ricorrano i presupposti della decretazione d'urgenza².

Non esiste un dovere di curarsi e, quindi, se la malattia non è contagiosa o epidemica il legislatore non può imporre l'obbligo vaccinale³. Al contrario, per le malattie contagiose l'imposizione dell'obbligo è giustificata perché l'obiettivo di limitare il rischio di diffusione della malattia è realizzabile unicamente mediante un alto livello di copertura vaccinale che, di norma, è raggiungibile mediante l'imposizione dell'obbligo.

Solo con l'immunità di comunità, che varia in base alla probabilità di trasmissione, dipendente dalla contagiosità e dalla patogenicità dell'agente infettivo, è possibile arrestare la diffusione della malattia, proteggendo coloro che non possono vaccinarsi per particolari condizioni di salute individuale. L'art. 32 Cost. giustifica l'apposizione di limiti alla libertà di cura con l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, anche contro la volontà dell'interessato esclusivamente laddove lo richieda la tutela del bene salute come *interesse della collettività*⁴.

² Il punto è pacifico e, in questa sede, si deve solo rammentare che la Corte costituzionale nella sent. n. 5 del 2018, (punto 6.1 del *Considerato in diritto*) in merito all'adozione della decretazione d'urgenza per la reintroduzione dell'obbligo vaccinale in età pediatrica ha rammentato come la valutazione intorno all'esistenza dei presupposti di necessità e urgenza costituisca - secondo costante giurisprudenza costituzionale - una valutazione politica connotata da ampia elasticità. Solo un'evidente insussistenza della situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere potrebbe essere l'indice dell'esistenza di un vizio, in tal senso, sentt. nn.: 29 del 1995; 171 del 2007; 93 del 2011. Nella situazione emergenziale, i cui caratteri sono stati attentamente ricostruiti dalla Corte cost. nella sent. n. 37 del 2021, non vi sono dubbi che il Governo potrebbe ricorrere alla decretazione d'urgenza anche per ampliare le categorie sottoposte all'obbligo vaccinale perché tale decisione sarebbe giustificata dalla possibilità di raggiungere l'effetto immediato di limitare drasticamente l'incidenza del *virus* e della malattia e raggiungere in breve l'immunità di comunità.

³ L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, 594; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 3 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 437.

⁴ Sul tema, R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari»*, in *Dir. e società*, 1981, 546; M. LUCIANI, *Salute* (diritto costituzionale), in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1991, 10 ss.; S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. e società*, 1979, 900 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 38 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, Cedam, 37 ss.; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forumcostituzionale.it*, 11 settembre 2018; F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivistaaic.it*, 3/2013.

Nel caso delle malattie diffuse la distinzione tra la dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute appare labile, perché la salute della comunità dipende logicamente, prima ancora che sotto il profilo giuridico, dal sacrificio di ciascun individuo⁵. Le due dimensioni del diritto alla salute, come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, hanno lo stesso rilievo costituzionale⁶ e devono essere attentamente ponderate dal legislatore in modo che nessuna delle due possa soverchiare l'altra. In tal senso, l'aggettivo *fondamentale* sembra proprio dover essere riferito ai due profili del diritto dell'individuo alla salute e dell'interesse della collettività⁷ a segnare la logica integrazione dei due aspetti del diritto alla salute.

La connessione tra dimensione individuale e collettiva è inscindibile e dunque il trattamento imposto dal legislatore deve essere finalizzato a migliorare e preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, non potendo il singolo essere considerato un semplice mezzo per raggiungere l'obiettivo della tutela collettiva, a discapito della salute del singolo.

Nel rifiutare qualsiasi forma di strumentalizzazione dell'individuo, l'art. 32 Cost. pone un limite chiaro: il divieto di adottare misure contrarie al senso di umanità. La clausola del rispetto della persona umana esclude trattamenti medici che non abbiano finalità di cura⁸ e costituisce un limite invalicabile perché l'"umanità", con il congiunto riconoscimento di diritti inviolabili e doveri di solidarietà, resta sempre al centro del progetto costituzionale.

⁵ La difesa contro le malattie infettive comprende la vaccino-profilassi come misura preventiva ed è completata da altre misure dirette come la denuncia, l'isolamento e la disinfezione. Nel rapporto costi/benefici, la vaccinazione appare estremamente vantaggiosa, ma i vantaggi - come collettività - si ottengono solo se viene coinvolta un'alta percentuale di cittadini, raggiungibile di norma solo se le vaccinazioni vengono rese obbligatorie, sul punto, C. CHIARIELLO, *Vaccinazioni (obbligo di)*, in *Dig. discip. pubbl.*, Agg. VIII, Torino, Utet, 2021, 487 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. discip. pubbl.*, XV, Torino, Utet, 1999, 336 ss.

⁶ Sul punto V. MARCENÒ, *I trattamenti sanitari obbligatori nel circuito legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: il ruolo della argomentazione nella risoluzione di un "caso difficile"*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, Giuffrè, 2012, 232, mette in evidenza come, a partire dagli anni novanta del XX sec., la Corte costituzionale proprio in materia di obbligatorietà dei vaccini abbia superato la visione gerarchica del rapporto tra salute come diritto fondamentale ed interesse della collettività per proporre una costruzione «paritaria» dei due lati del diritto alla salute.

⁷ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. e società*, 1985, 564; D. MORANA, *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Giurcost.it*, 30 aprile 2020, 6. Da ultimo, V. TAMBURRINI, *La limitazione dei diritti costituzionali in tempo di pandemia: alcune osservazioni sul carattere fondamentale dell'interesse della collettività alla salute*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, 127 ss.; I. A. NICOTRA, *L'epidemia da Covid-19 e il tempo della responsabilità*, in *Dirittiregionali.it*, n.1/2020, 379 ss.

⁸ Come le sterilizzazioni di massa per motivi razziali o per finalità eugenetiche o la conduzione di esperimenti scientifici, su cavie umane. Sulla dignità umana come limite ai trattamenti sanitari, L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, cit., 591 ss.; A. A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivistaaic.it*, n. 4/2017, 27; C. PANZERA, *Un diritto fra i doveri? Lo «strano caso» del diritto alla salute*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO E J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 447 ss.; A. MAZZOLA, *Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale*, in *Consultaonline.it*, n. 2/2021, 629 ss. Come afferma R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, Milano, Giuffrè, 2010, 3, il limite del rispetto della persona, segna la riappropriazione dell'umanità perduta con lo sterminio di massa, ben presente ai Costituenti che definivano il contenuto del diritto alla salute e dei suoi limiti proprio in contemporanea con lo svolgimento del processo di Norimberga. Su tale ultimo punto, G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, cit., 4, rammenta come per la prima volta con il processo di Norimberga sia stato affrontato il problema della limitazione del potere del medico che, in assenza di controlli, può calpestare la dignità delle persone ed ammettere i peggiori crimini. È da questo momento che il consenso del paziente si delinea come fonte di legittimazione per il medico.

È solo l'interesse alla salute dell'intera collettività - e non un generico interesse pubblico - a giustificare l'introduzione dell'obbligo del trattamento, determinando la relazione tra individuo e collettività in tema di salute, un *patto di solidarietà* - per usare le parole della Corte costituzionale⁹ - che comporta il riconoscimento di un indennizzo in caso di danno derivante dal vaccino. Il trattamento sanitario obbligatorio o raccomandato non può infatti incidere negativamente sullo stato di salute di colui che lo subisce salvo che - afferma, come noto, la Corte costituzionale - «per quelle sole conseguenze che per la loro temporaneità e scarsa entità appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»¹⁰. Osserva la Corte costituzionale, intervenuta in più occasioni sul punto, che la salute come diritto fondamentale dell'individuo e la salute come interesse collettivo devono essere bilanciate con il riconoscimento di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo danneggiato. È lo «spirito di solidarietà reciproca fra individuo e collettività» che è alla base dell'imposizione del trattamento sanitario ad implicare il riconoscimento di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento, imponendo a carico della collettività e, per essa, dello Stato di un equo ristoro del danno patito¹¹.

Complessivamente, il trattamento sanitario obbligatorio è ammissibile a tre condizioni: è diretto a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato e degli altri; non incide negativamente sullo stato di salute di chi vi è assoggettato, tranne quelle di scarsa entità e temporaneità siano quindi tollerabili; nel caso di danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento deve essere prevista la corresponsione di una equa indennità a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria¹².

Proprio la stretta interdipendenza tra la salute come *fondamentale diritto* e *fondamentale interesse* della collettività costituisce l'espressione più tangibile dell'idea costituzionale di comunità, come condivisione di diritti e dei doveri. Il dovere di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. proietta l'individuo nella dimensione della comunità sociale, integra l'individuo nella vita della comunità, ma non costituisce una clausola generale di doverosità¹³.

L'imposizione del trattamento sanitario non deriva, dunque, da un vago quanto abusato (soprattutto in tempo di emergenza) richiamo alla solidarietà; non deriva da una clausola aperta

⁹ Corte cost. sent., n. 268 del 2017, punto 6 e 7 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ La decisione di imporre un trattamento sanitario comporta inevitabilmente una ponderazione, non potendo il legislatore imporre al singolo un sacrificio eccessivo che provochi conseguenze che, per la loro permanenza ed entità, non siano riconducibili ad un normale intervento sanitario, in tal senso, Corte cost. sent. n. 307 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Corte cost. sent. n. 307 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*. Nello stesso senso sent. nn.: 268 del 2017; 107 del 2012. In merito ai danni derivanti dalle vaccinazioni raccomandate: sent. n. 118 del 2020, in part. punto 3.4. del *Considerato in diritto*.

¹² Corte cost. sent. n. 258 del 1994, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹³ G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, 40; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, I principi fondamentali*, Bologna Roma, Zanichelli - Soc. ed. Foro it., 1975, 97 ss.; E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 38 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Doveri inderogabili*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2066 ss.; F. PIZZOLATO, C. BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Agg. III, Torino, Utet, 2008, 319 ss.; G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, in *Treccani.it - Diritto on line*, 2014; E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, 2348 ss.; E. PALICI DI SUNI, *Il volontariato tra valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in *Giur. it.*, 1992, pt. I, 1205 ss. Più in generale, cfr.: S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e società*, 1996, 4-6 e 10 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, in part. 215 ss.; B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di uguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, Giuffrè, 2005, 109 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, BUP, 2016, *passim*.

di solidarietà in nome della quale - altrimenti - sarebbe possibile giustificare l'imposizione di qualsiasi obbligo come, ad esempio, trattamenti eugenetici o di potenziamento umano¹⁴.

La garanzia dell'istanza liberale richiede che i doveri siano enumerati in Costituzione¹⁵ e disciplinati dal legislatore secondo il principio di legalità sostanziale. Per questa ragione l'art. 32 Cost. conferisce in via esclusiva al legislatore statale il potere di rendere obbligatori *determinati* trattamenti sanitari.

Il patto di solidarietà tra individuo danneggiato e collettività deriva dal rapporto di reciprocità in cui si trovano diritti e doveri secondo l'art. 2 Cost., ma nella prospettiva personalista tale patto rifiuta decisamente qualsiasi strumentalizzazione della persona umana per finalità eteronome, imposte dai pubblici poteri. Il principio solidarista non può dunque giustificare alcuna forma di doverosità delle cure o di obbligatorietà di determinati trattamenti la cui imposizione sotto il profilo giuridico può essere giustificata esclusivamente dall'esigenza di tutelare la salute come diritto fondamentale e fondamentale interesse della collettività¹⁶. Di conseguenza, come sottolinea il Consiglio di Stato, per le patologie infettive ad alta diffusività il diritto di rifiutare le cure, inclusi i vaccini, non può trovare un riconoscimento incondizionato perché la decisione individuale di non curarsi e non vaccinarsi può danneggiare altri esseri umani e, in particolare, i soggetti più deboli, i bambini e chi non si può vaccinare o è già ammalato¹⁷. Solo a queste condizioni, il diritto individuale alla salute è «cedevole» rispetto all'interesse di tutela della collettività¹⁸.

Valorizzando anche l'argomento testuale, come suggerito da attenta dottrina, la precedenza attribuita alla dimensione individuale del diritto fondamentale alla salute, rispetto al fondamentale interesse della collettività, sta a significare che la tutela del diritto costituisce la "regola" mentre l'intervento a tutela dell'interesse della collettività - che può giustificare l'imposizione di doveri e la limitazione dell'autodeterminazione individuale - rappresenta l'"eccezione"¹⁹.

Infine, pur volendo prescindere dalla prospettiva personalista e solidale in cui l'art. 32 Cost. è calato, anche nella visione strettamente utilitaristica, Mill sostiene che ogni individuo «è guardiano

¹⁴ A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 2/2020, in part. 828; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 39 ss.; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996, 3216; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 88 s.

¹⁵ G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 40 - 41; P. BARILE, *Diritto dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 68 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. e società*, 1982, 542; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, Bologna Roma, Zanichelli - Soc. ed. Foro it., 1976, 175; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 40 s.; A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, cit., 827 ss.

¹⁶ I fini solidaristici non possono essere estesi fino a limitare le scelte sulle cure in quanto la persona non è in alcun modo strumentalizzabile neanche per fini solidaristici in tal senso, la Corte cost. nella sen. n. 118 del 1996, punto 5 del *Considerato in diritto*, afferma che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri».

¹⁷ Consiglio di Stato, n. 02065 del 26 settembre 2017, Adunanza della Commissione speciale del 20 settembre 2017, numero affare 01614/2017, punto 38.

¹⁸ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 310 ss.

¹⁹ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 67; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 904; C. PANZERA, *Un diritto fra i doveri? Lo «strano caso» del diritto alla salute*, cit., 443 ss.; P. VERONESI, *L'eccezione alla regola: il caso dei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Osservatorioaic.it*, n. 6/2021, 1 ss.; M. CARTABIA, *Per amore o per forza? I vaccini al cospetto della Corte costituzionale*, Intervento al dibattito del 4 febbraio 2021, organizzato dall'Università degli Studi di Milano (è possibile riascoltare il dibattito sul sito www.radio.radicale.it).

della propria salute» e «sovrano sul proprio corpo», sempre che il comportamento o l'omissione individuali non cagionino un danno ad altri. Nella ricerca dell'equilibrio tra libertà individuale e controllo sociale, secondo la *teoria del danno*, esiste un solo fine che autorizza l'umanità ad interferire con la libertà di autodeterminazione individuale, ovvero, la *protezione di se stessa*²⁰.

La conservazione e la protezione della comunità costituisce l'unico limite, tristemente vicino in una situazione di diffusione pandemica della malattia, che consente di comprimere il diritto all'autodeterminazione individuale e la scelta in ordine al *se e come* curarsi.

2.1. Obbligo vaccinale per il personale medico e socio-sanitario. Precauzione e rischio di diffusività del contagio.

Nell'ambito della lotta al Covid-19, il legislatore ha introdotto un obbligo vaccinale limitato agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali (art. 4, d.l. 1 aprile 2021, n. 44, conv. in l. 28 maggio 2021, n. 76). Di seguito l'obbligo è stato esteso ai lavoratori, anche esterni, impiegati in strutture residenziali, socio assistenziali e socio-sanitarie (d.l. 10 settembre 2021, n. 122).

Alla luce delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale (tratteggiate in via introduttiva al § prec.), la legittimità di tale obbligo potrebbe essere contestata in quanto la vaccinazione, pur abbassando la carica virale, non è in grado di bloccare la circolazione del *virus*. Più precisamente, non essendo in grado il vaccino di impedire la trasmissione agli *altri* consociati e mancando dati certi sull'efficacia contro le varianti, si potrebbe porre in dubbio la legittimità dell'obbligo vaccinale. Del resto, proprio per le caratteristiche del vaccino, l'Aifa e l'EmA hanno sempre continuato a raccomandare anche per i vaccinati l'uso delle misure di protezione individuale (distanziamento, sanificazione e uso delle mascherine).

Nonostante queste incertezze, non sembra che l'introduzione dell'obbligo vaccinale, in particolare per determinate categorie "di comunità" particolarmente esposte al contagio sia irragionevole. Chi esercita professioni socio-sanitarie per le mansioni svolte rischia obiettivamente di essere contagiato e di contagiare un rilevante numero di persone. Di tale circostanza prende atto l'art. 4 del d.l.n. 44 del 2021 secondo il quale l'obbligo vaccinale per i sanitari è introdotto proprio al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'*erogazione delle prestazioni* di cura e assistenza.

La misura impositiva dell'obbligo vaccinale contro il Covid-19 può dunque essere letta alla luce della nota sent. n. 218 del 1994 con la quale la Corte costituzionale ha accertato l'illegittimità costituzionale della legge in materia di prevenzione e lotta all'Aids (l. 5 giugno 1990, n. 135) nella parte in cui non prevede gli accertamenti sanitari, dell'assenza dell'infezione da Hiv, come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute di terzi.

²⁰ J. S. MILL, *La libertà* (1959), trad. it., Milano, RCS Libri, 2006, 75 ss.

Ancora, più di recente, nella sent. n. 137 del 2019 la Corte costituzionale ha sottolineato che l'introduzione di un obbligo per una determinata categoria, quella degli operatori sanitari, può essere giustificata proprio dall'esigenza di proteggere la salute di chi frequenta i luoghi di cura: anzitutto quella dei pazienti, dei loro familiari, degli altri operatori e, di riflesso, dell'intera collettività²¹.

Nella pronuncia del 1994, nell'evidenziare la posizione simmetrica tra la tutela della salute individuale e l'interesse della collettività, la Corte costituzionale pone l'accento sul dovere dell'individuo nei confronti della società. Secondo il Giudice delle leggi, proprio l'interconnessione dei due profili del diritto alla salute «implica il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio»²².

L'efficacia dei vaccini anti Covid-19 nel proteggere dalle forme più aggressive del contagio e la ridotta (anche se non annullata) capacità di trasmettere il *virus* da parte di chi è vaccinato, giustificano quindi in virtù del principio di precauzione l'introduzione dell'obbligo, almeno per quelle categorie particolarmente a rischio come i lavoratori di comunità e, comunque, a contatto con una vasta platea di utenti.

In base al contesto di riferimento, il principio di precauzione richiede infatti di bilanciare tra la minimizzazione del rischio e la massimizzazione dei vantaggi, accettando il rischio insito in qualsiasi decisione adottata in un contesto - quello medico e, in particolare, emergenziale - in cui le conoscenze scientifiche sono in via di acquisizione e in continua evoluzione²³. Nella lotta al Covid-19, la cautela del legislatore, la sua adesione al principio di precauzione, emerge nella disciplina in questione che limita temporalmente l'obbligo vaccinale, legandolo al completamento del piano vaccinale o comunque alla permanenza dello stato di emergenza (art. 4, co. 9, d.l.n. 44 del 2021).

Il legislatore considera l'obbligo vaccinale una soluzione temporanea e dunque soggetta a revisione, proprio in considerazione dell'evoluzione della situazione pandemica ed, evidentemente, delle conoscenze scientifiche che verranno acquisite. Con l'introduzione dell'obbligo vaccinale per categorie, il legislatore applica il principio di precauzione che –

²¹ Sent. n. 137 del 2019, punto 3.3. del *Considerato in diritto*.

²² Sent. n. 218 del 1994, punto 2 del *Considerato in diritto*. Sull'obbligo vaccinale per il personale sanitario, in part., R. ROMBOLI, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. 44/2021*, in *Quad. cost.*, 2021, 673 ss. Sulla sent. n. 218 del 1994, in part., F. MODUGNO, *Chiosa a chiusa, Un modello di bilanciamento di valori*, in *Giur. it.*, 1995, pt. 1, 643 ss.; M. RUOTOLO, *L'onere dei test anti-aids per i soggetti che svolgono attività a rischio: violazione del diritto alla riservatezza o ragionevole bilanciamento?*, Ivi, 637 ss.; N. RECCHIA, *Libertà individuate, salute collettiva e test anti-aids*, in *Giur. cost.*, 1995, 559 ss.; C.E. GALLO - B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali di diritto alla salute*, Milano, Giuffrè, 1998, 35 ss.

²³ In tema di vaccinazioni la centralità del principio di precauzione come percorso e procedimento decisionale che deve orientare le autorità pubbliche in situazioni di incertezza è ricordata anche dal citato parere del Consiglio di Stato, n. 02065 del 26 settembre 2017, cit., punto 40. Sul tema, senza pretese di esaustività, cfr. almeno: G. MANFREDI, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, in *Giur. it.*, 2017, 1418 ss.; A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in *Federalismi.it - Osservatorio di diritto sanitario*, 15 novembre 2017; A. ZEI, *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, Torino, Utet, 2008, 670 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, 149 ss.; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 411 ss. Più ampiamente: F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, Gippichelli, 2018.

sottolinea la Corte di Giustizia – presuppone un *test* di proporzionalità, ossia, la verifica che la decisione assunta non oltrepassi appunto «i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalle norme»²⁴.

Sotto altro profilo non si può trascurare un'ulteriore considerazione, ovvero, che nell'introduzione dei vaccini obbligatori la contagiosità non costituisce una condizione sempre indefettibile. La vaccinazione antitetanica è obbligatoria in età pediatrica e per una serie di attività lavorative (l. 5 marzo 1963, n. 292 e l. 31 luglio 2017, n.119), pur essendo il tetano una malattia infettiva ma non a carattere epidemiologico. Infatti il tetano non appartiene alla categoria delle malattie infettive e diffuse per le quali il contagio avviene tramite l'uomo malato o portatore sano.

Per il tetano, il contagio attraverso l'uomo è praticamente irrilevante, verificandosi invece il contagio quando l'uomo entra in contatto con un batterio (*Clostridium tetani*) prevalentemente presente nel terreno concimato. Alla luce delle considerazioni fatte, la vaccinazione antitetanica essendo rivolta a proteggere solo il destinatario del trattamento potrebbe sembrare di dubbia legittimità costituzionale²⁵. La Corte costituzionale non ha avuto modo di pronunciarsi²⁶ sul punto, ma la scelta in ordine all'introduzione di tale obbligo vaccinale, peraltro presente in Europa in undici Paesi membri, costituisce una scelta politica, fondata sul bilanciamento in termini di costi e benefici, sulle esigenze di contenimento della spesa pubblica per i costi di cura (in caso di contagio) che ricadono sulla collettività e sui ridotti rischi derivanti dalla somministrazione di un trattamento sanitario efficace, ampiamente studiato e sperimentato²⁷.

L'esempio della vaccinazione contro il tetano, evidenzia che l'interesse alla salute della collettività deve essere declinato tenendo presenti diversi fattori non esclusivamente legati alla diffusività della malattia, come alleggerire il sistema sanitario, evitando con la vaccinazione ricoveri e spese di cura evitabili. Anticipando quanto si vedrà meglio di seguito (ai §§ 4 - 4.1.), anche i Giudici di merito - nelle prime pronunce relative all'obbligo vaccinale imposto al personale medico - confermano la ragionevolezza dell'obbligo, mettendo in evidenza che i vaccini contro il Covid-19, pur non bloccando la trasmissione, abbassano la carica virale, rallentano il contagio, proteggono indirettamente coloro che non si possono vaccinare, riducono drasticamente i ricoveri in terapia intensiva e consentono, così, di raggiungere un effetto positivo per l'intera collettività, assicurando l'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza.

²⁴ Corte di Giustizia, 17 ottobre 2013, Shaible, C - 101/22.

²⁵ S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., p. 905; A. SANTOSUOSSO, G. TURRI, *I trattamenti obbligatori*, in M. BARNI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, Giuffrè, 1995, 129. Sul punto anche F. RIGANO - M. TERZI, «Certificazioni verdi COVID-19» e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale, in *Rivistaic.it*, n.5/2021, 161.

²⁶ Con l'ord. n. 262 del 2004 la Corte costituzionale non è potuta entrare nel merito, essendo l'ordinanza del giudice remittente inammissibile per carenza in punto di motivazione sulla rilevanza della questione.

²⁷ M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2017, 469; L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, cit., 597.

3. Vaccinazione obbligatoria o raccomandata: valutazione del contesto di fatto e indicazioni medico-scientifiche.

L'esigenza di proteggere la salute come interesse fondamentale della comunità implica che la scelta di imporre un determinato trattamento sanitario sia accompagnata dall'esistenza di elementi e dati medico - scientifici che comprovino l'efficacia e la sicurezza del farmaco.

Costante giurisprudenza in materia di pratiche mediche e tutela della salute ha chiarito che la decisione del legislatore di rendere un determinato trattamento sanitario obbligatorio o meno costituisce il risultato di una scelta non puramente discrezionale, essendo tale decisione condizionata da diversi fattori: la situazione concreta, ovvero, l'esigenza di proteggere l'integrità della comunità e l'efficacia scientificamente provata del trattamento, secondo le acquisizioni della scienza medica.

Secondo l'art. 32 Cost. la legge ammette o impone un determinato trattamento, ma la valutazione in ordine al merito delle scelte in materia di salute e all'appropriatezza delle pratiche terapeutiche richiede l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite istituzioni e organismi nazionali o sovranazionali accreditati²⁸.

Nel momento in cui decide di proteggere la salute mediante la profilassi vaccinale, il legislatore opera una scelta: stabilisce quando raccomandare o rendere obbligatoria la vaccinazione, stabilisce discrezionalmente le misure sanzionatorie per garantire l'effettività dell'obbligo. Tuttavia, la decisione legislativa di rendere disponibile (o rendere obbligatorio) un determinato trattamento sanitario deve essere esercitata nel rispetto delle conoscenze medico scientifiche: è soggetta ai limiti imposti dagli organismi tecnici e ad attività di verifica continua²⁹.

Sotto questo profilo è coerente la disciplina adottata dal legislatore statale in materia di vaccinazioni pediatriche obbligatorie (art. 1, co. 1 *ter* della citata l.n. 119 del 2017), che prevede la possibilità di revisione di alcuni obblighi vaccinali ad opera del Ministro della salute con cadenza triennale³⁰ sulla base della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse e delle coperture vaccinali raggiunte.

²⁸ Corte cost. sentt. nn.: 185 del 1998; 282 del 2002; 338 del 2003; 151 del 2009; 268 del 2017; 118 del 2020.

²⁹ In part. in materia di obbligo vaccinale, Corte cost. sent. n. 5 del 2018. Sull'ancoraggio delle decisioni del legislatore alle acquisizioni medico-scientifiche in part.: C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2016; A. MANGIA, *Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo?*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, Giuffrè, 2011, 51 ss.; A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consultaonline.it*, n. 1/2018, 87 ss.; M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n.1/2017; D. MORANA, *La tutela della salute tra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorioaic.it*, n. 1/2018; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quad. cost.*, 2018, 467; L. FADIGA, *Vaccinazioni obbligatorie e profili di costituzionalità della relativa disciplina*, in *Corriere giur.*, 2018, 444 ss.; D. CODUTI, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di Stato e di forma di Governo*, in *Rivistaaic.it*, n. 3/2018.

³⁰ Anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella.

La flessibilità della procedura e il coinvolgimento di una pluralità di soggetti con competenze scientifiche accreditate e di diversa natura³¹ limita la discrezionalità politica del legislatore e lo costringe al confronto con i dati scientifici in continua evoluzione ed acquisiti tramite istituzioni ed organismi nazionali ed internazionali. Anche la Corte Edu, in una recente pronuncia proprio in materia di obblighi vaccinali, considera con particolare favore che, all'interno di un quadro chiaramente definito dal legislatore, vengano previste procedure volte a consentire di reagire con flessibilità all'evoluzione della situazione epidemiologica e di adeguare le misure alle evoluzioni della scienza medica e farmacologica³².

Nella situazione emergenziale, i vaccini disponibili contro il Covid-19 sono stati sviluppati in tempi rapidi (come si vedrà di seguito al § successivo) senza sacrificare alcun passaggio e accertamento che ne garantisce la piena affidabilità ma, su diversi aspetti i dati mancano o sono ancora parziali. Tanto è vero che, fin dalla prima messa a disposizione dei vaccini, l'Aifa ha dichiarato che per tutte le tipologie di vaccini disponibili sono necessari ulteriori studi; è necessario più tempo per ottenere dati significativi, per esempio, per dimostrare quale sia l'efficacia dei vaccini sul lungo termine o con quale incidenza i vaccinati si possono infettare in modo asintomatico e contagiare altre persone.

Più i dati scientifici sono carenti e in via di progressiva acquisizione, più appare complesso per il decisore pubblico operare scelte *politiche* tese a contemperare i vari beni giuridici coinvolti, bilanciando costi e benefici³³. Tale difficoltà è emersa con evidenza nel contesto pandemico in cui l'assenza di dati certi ed univoci ha fatto apparire poco coerenti o confuse alcune decisioni adottate in via d'urgenza dagli organi di Governo e dalle autorità sanitarie. Tuttavia, proprio l'emergenza pandemica evidenzia la centralità della *scelta* politica che non è riducibile alle valutazioni scientifiche e che a queste ultime non può essere semplicemente "asservita".

In questo senso e coerentemente con la necessità di adottare decisioni normative fondate su evidenze scientifiche, l'Aifa in accordo con il Ministero della Salute e il Commissario Straordinario per l'emergenza Covid-19 ha istituito un Comitato scientifico per la sorveglianza

³¹ Tali decreti sono adottati peraltro con particolari cautele sentiti il Consiglio superiore di sanità, l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA), l'Istituto superiore di sanità e la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

³² Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, dec. 47621/13, par. 87.

³³ Sul complesso tema del rapporto tra dato scientifico e decisione politica, cfr. almeno: C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 10-11; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione tra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, in part. 19 ss.; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 1/2017; A. GUSMAI, *Il diritto all'autodeterminazione: una libertà "perimetrata" dal sapere scientifico?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019; Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, 695; D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali*, cit., 25; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 157 ss.; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologia*, in *Pol. dir.*, 2015, 284; P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *Bio Law Journal*, n. 3/2021, 151 ss.; S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2020, 355 ss.; A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, Giappichelli, 2012, in part., 56. Sul rapporto tra tecnica, scienza e decisioni politiche, di veda inoltre, da ultimo, E. CATALANI, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno Stato tecnologico?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2021, 382 ss.; M. DOGLIANI, *Resistere al rifiuto dell'uguaglianza (e alla superficialità ignorante)*, in *Centroriformastato.it*, 15 ottobre 2021.

dei vaccini Covid-19, afferente alla Direzione generale dell'Aifa, al fine di monitorare l'andamento della campagna vaccinale e raccogliere dati in ordine all'efficacia dei vaccini.

Per tutto il periodo della campagna vaccinale, il Comitato svolge una sorveglianza attiva sulla sicurezza di tutti i vaccini Covid-19, ha l'obiettivo di coordinare le attività di farmacovigilanza e collaborare al piano vaccinale relativo all'epidemia Covid-19, svolgendo una funzione di supporto scientifico all'Aifa, al Ministero della Salute e al Servizio sanitario nazionale.

L'obbligo vaccinale contro il Covid-19 è limitato ad una categoria, particolarmente esposta al contagio e - come osservato (al § precedente) - è collegato all'evoluzione della concreta situazione, essendo limitato temporalmente alla situazione emergenziale o comunque al completamento della campagna vaccinale, ovvero, alla realizzazione di una condizione in cui, essendo raggiunta una buona immunizzazione di comunità, l'eventuale circolazione del *virus* avrebbe un'incidenza negativa ridotta (anche in termini di ospedalizzazioni).

La limitazione temporale dell'obbligo vaccinale contro il Covid-19 appare coerente con quanto affermato dalla Corte costituzionale, secondo la quale la scelta del legislatore in ordine all'obbligatorietà o meno del vaccino deve tenere conto della situazione di fatto che giustifica l'obbligatorietà³⁴. L'imposizione dell'obbligo vaccinale che comprime la libertà di autodeterminazione con l'obiettivo di proteggere la comunità deve restare una scelta residuale, derogatoria rispetto al principio di autodeterminazione individuale ed adottata alla luce delle necessità scaturenti dalla condizione epidemiologica, ancorata alla situazione concreta e suscettibile di diversa valutazione al variare del contesto.

In linea generale e concludendo sul punto, una situazione di emergenza sanitaria può giustificare ampiamente l'introduzione dell'obbligo vaccinale, in evenienza anche generalizzato, ma una volta attuato il programma vaccinale e, quindi, una volta che una gran parte della popolazione viene vaccinata occorre tornare alla scelta individuale libera di sottoporsi alla profilassi vaccinale, favorendo in linea con l'indicazione che emerge dall'art. 32 Cost. - fin quando possibile - l'autodeterminazione, l'adesione spontanea e consapevole alla vaccinazione.

3.1. Collaborazione scientifica internazionale e creazione del vaccino contro il Covid-19: immissione in commercio condizionata.

Nel contrasto alla pandemia, l'approccio collaborativo di produttori e centri di ricerca, scienziati e medici, sostenuto dall'Oms, ha consentito di arrivare, anche in tempi brevi, alla produzione di diversi vaccini efficaci e sicuri contro il Covid-19. Fin da aprile 2020, l'Oms insieme ai suoi *partner* ha lanciato l'*Access to Covid-19 tools accelerator* (Act), realizzando la forma di più ampia collaborazione mai realizzata a livello globale per il contrasto ad una malattia³⁵. Ancora, ingenti

³⁴ Corte cost. sent. n. 5 del 2018, punto 8.2.3. del *Considerato in diritto*.

³⁵ S. FANNI, *La scienza oltre i confini: il ruolo dell'Oms e il dovere di cooperazione internazionale*, in *BioLan/Journal.it*, n. 1/2020, 483 ss.; S. IZZO, *Brevi considerazioni sul ruolo dell'OMS nel contrasto alla pandemia di Covid-19*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2020, 2247 ss.; P. ACCONCI, *L'Organizzazione mondiale della sanità alla prova dell'emergenza sanitaria Covid-19*, *ivi*, p. XVII ss.

investimenti pubblici e privati in Europa e negli Stati Uniti hanno reso possibile alle aziende produttrici di vaccini di avviare sperimentazioni su larga scala, di condurla in parallelo, anticipando così i tempi per la realizzazione del vaccino³⁶.

Lo sforzo collaborativo a livello internazionale ha contratto i tempi senza sacrificare efficacia e sicurezza dei vaccini. Da parte sua, l'Agenzia europea per i medicinali (di seguito Ema) ha utilizzato la procedura dell'immissione in commercio condizionata dei medicinali, una procedura certamente non nuova e non emergenziale, utilizzata da tempo per consentire ai pazienti l'accesso precoce a molteplici farmaci che rispondono ad esigenze mediche prima insoddisfatte.

Nell'ambito del sistema centralizzato di autorizzazione all'immissione in commercio di farmaci, l'Ema dal 1993 affianca le autorità regolatorie nazionali con la procedura di autorizzazione comunitaria dei medicinali ad uso umano e veterinario e la loro sorveglianza a livello centralizzato.

Il reg. CE 31 marzo del 2004 n. 726, istitutivo dell'Ema, disciplina le procedure centralizzate di autorizzazione per i farmaci e prevede una procedura ordinaria di approvazione all'immissione in commercio articolata e complessa che ha una durata non inferiore a 210 giorni, termine che può essere dilatato qualora il comitato scientifico richieda chiarimenti o informazioni ulteriori all'azienda produttrice. Più compatibile con la situazione emergenziale è la procedura abbreviata cui si è fatto ricorso per l'approvazione dei vaccini per il contrasto al Covid-19.

In particolare l'art. 14, co. 9, del citato reg. CE 726 del 2004 prevede che all'atto della presentazione della domanda di autorizzazione all'immissione in commercio per i medicinali per uso umano di «elevato interesse per la salute pubblica» e in particolare sotto il profilo dell'innovazione terapeutica, il richiedente, con domanda motivata, può accedere alla procedura di valutazione accelerata che, qualora la domanda venga accolta, riduce la durata della procedura di valutazione da 210 a 150 giorni.

Inoltre, in casi debitamente giustificati e per rispondere ad esigenze mediche insoddisfatte dei pazienti, l'art. 14-bis, reg. CE 726 del 2004 prevede che possa essere rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata prima della presentazione di dati clinici dettagliati per medicinali volti a trattare, prevenire o diagnosticare malattie gravemente invalidanti o potenzialmente letali, a condizione che i benefici derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione superino il rischio dovuto al fatto che sono tuttora necessari dati supplementari. In situazioni di emergenza l'autorizzazione all'immissione in commercio di tali medicinali può essere rilasciata anche in assenza di dati preclinici o farmaceutici completi³⁷.

³⁶ V. AZZOLINI - A. MORELLI, *Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di Covid*, in *Giurcost.it*, 2021; F. CERATI, *Un vaccino in tempi record, la ricerca scientifica è cambiata per sempre?*, in *Il Sole-24 ore*, 22 dicembre 2020; M. APUZZO, D.D. KIRKPATRICK, *Covid-19 Changed How the World Does Science, Together*, in *The New York Times*, 1° aprile 2020 (reperibile anche in italiano *Un nuovo mondo per la collaborazione scientifica*, a cura di *Internazionale* www.internazionale.it/notizie/matt-apuzzo/2020/04/10/scienza-forze-unite-coronavirus). Più approfonditamente, C. CASONATO - M. TOMASI, *Valore e ruolo del principio costituzionale della solidarietà nello sviluppo, produzione e distribuzione dei vaccini*, in M. ANNONI (a cura di), *Etica dei vaccini. Tra libertà e responsabilità*, Roma, Donzelli, 2020, 106 ss.; C. BERTOLINO, *“Certificato verde Covid-19” tra libertà ed eguaglianza*, in *Federalismi.it*, n. 15/2021, p. 9-13; G. NATALE, *Vaccinazioni anti-Covid: il dialogo necessario tra medicina e diritto*, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, n.3/2020, 7 ss.

³⁷ Sulle procedure autorizzatorie dell'Ema, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivistaaic.it*, n. 3/2021, 437 ss.; V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte*

L'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata, introdotta dal reg. CE n. 507 del 29 marzo 2006 costituisce, quindi, una sottocategoria della procedura ordinaria che viene rilasciata sulla base di dati perlopiù clinici, meno completi rispetto a quelli richiesti nella procedura ordinaria. Tuttavia l'autorizzazione condizionata è utilizzabile esclusivamente quando si verificano determinate condizioni (indicate all'art. 4 del citato reg. CE n. 507 del 2006): il rapporto rischio/beneficio del medicinale risulta positivo; il richiedente con probabilità potrà fornire in seguito dati clinici completi; il medicinale risponde ad esigenze mediche insoddisfatte e i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale superano il rischio inerente al fatto che occorranò ancora dati supplementari. La concessione dell'immissione in commercio condizionata dura un anno, è rinnovabile ed è subordinata alla trasmissione dei dati clinici mancanti per ottenere l'autorizzazione dell'immissione in commercio non condizionata.

La procedura utilizzata per l'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata ha prodotto importanti risultati, consentendo ai pazienti, soprattutto oncologici o con Hiv e altre patologie gravi di accedere celermente a farmaci innovativi senza sacrificare i controlli e la sicurezza. In tal senso nel Rapporto fornito dall'EMA che raccoglie i dati dell'immissione in commercio condizionata dall'introduzione di questo strumento, nel 2006, fino al 30 giugno 2016, emerge che nessun farmaco autorizzato con questa procedura è stato sospeso o revocato³⁸. Il Rapporto mostra gli effetti dell'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata nel consentire a pazienti, molto spesso in condizioni gravemente debilitanti o letali, privi di opzioni terapeutiche, di accedere prima possibile a nuovi farmaci promettenti.

Nell'emergenza da Covid-19, l'EMA con l'immissione in commercio condizionata segue una procedura consolidata e controllata che fornisce ampie garanzie come: un rigoroso monitoraggio, attraverso il sistema della farmacovigilanza standardizzato in tutti i Paesi dell'Unione, il monitoraggio post-autorizzazione, che consente di raccogliere dati in modo strutturato e il monitoraggio dei sistemi di produzione in modo da garantire vaccini fabbricati e controllati secondo *standard* farmaceutici elevati ed uniformi.

La procedura utilizzata non è dunque quella di emergenza prevista dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 che in attuazione della dir. 6 novembre 2001 n. 83 (e successive modifiche), recante un *Codice comunitario concernente i medicinali per uso umano*, prevede all'art. 5 co. 2, che in caso di sospetta o confermata dispersione di agenti patogeni, tossine, agenti chimici o radiazioni nucleari potenzialmente dannosi, il Ministro della salute possa autorizzare la temporanea distribuzione di un medicinale per il quale non è autorizzata l'immissione in commercio, al fine di fronteggiare tempestivamente l'emergenza.

all'emergenza pandemica da Covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuridici e regolatori, in *Dir. pubb. comp. ed europeo*, 2020, 2311 ss.

³⁸ Nel periodo considerato l'EMA ha concesso 30 autorizzazioni all'immissione in commercio condizionate, 11 delle quali trasformate in autorizzazioni ordinarie, 2 ritirate per ragioni commerciali e le restanti 17 rimaste autorizzazioni condizionate (la relazione si può leggere all'indirizzo https://www.ema.europa.eu/en/documents/press-release/press-release-conditional-marketing-authorisations-give-patients-access-important-new-medicines_en.pdf).

A differenza dell'immissione in commercio condizionata, l'autorizzazione del medicinale in emergenza ne consente l'uso, ma il medicinale resta non autorizzato e non può essere immesso sul mercato. L'impiego in emergenza di un farmaco o vaccino è previsto a livello legislativo nazionale e l'autorizzazione vale esclusivamente all'interno di ciascuno Stato.

L'autorizzazione in emergenza è disposta dallo Stato sotto la propria esclusiva responsabilità. Il co. 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 219 del 2006, esclude infatti la responsabilità civile e amministrativa di produttori e operatori sanitari per le conseguenze derivanti dall'uso di un medicinale al di fuori delle indicazioni autorizzate o dall'uso di un medicinale non autorizzato, quando tale uso è raccomandato o prescritto dal Ministro della salute. Con l'autorizzazione per l'uso in emergenza, lo Stato membro decide autonomamente quali condizioni il farmaco debba assicurare e può prevedere anche obblighi meno rigorosi e stringenti rispetto all'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata che costituisce una procedura europea standardizzata.

4. Vaccino come requisito per lo svolgimento di determinate attività lavorative.

Nella lotta al Covid-19, come anticipato, il legislatore ha introdotto un limitato obbligo vaccinale per lo svolgimento delle professioni socio-sanitarie, successivamente - come si vedrà (§§ 5.- 5.1.) - ha esteso l'uso del *green pass*, ma non ha invece introdotto un generalizzato obbligo vaccinale sui luoghi di lavoro. Con una circolazione ancora alta del *virus* e con la diffusione di nuove varianti, tale evenienza ha creato non poche incertezze, in particolare, in relazione a tutte quelle attività lavorative non sociosanitarie/assistenziali per le quali non esiste un obbligo vaccinale, ma per le quali la vaccinazione anti Covid-19 costituirebbe una misura in concreto necessaria a proteggere lavoratori ed utenti dalla diffusione della malattia.

Procedendo con ordine, l'introduzione dell'obbligo vaccinale per il personale sociosanitario è avvenuta in via d'urgenza con il già menzionato d.l.n. 44 del 2021 ed appare giustificata, come anticipato (*supra* al § 3), da diverse esigenze in gioco: assicurare il servizio sanitario, contenere la diffusione e, soprattutto, l'incidenza della malattia tra personale ed assistiti. Per tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle cure, la vaccinazione contro il Covid-19 è considerata dalla legge un requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative in ambito socio sanitario (art. 4 co.1, d.l.n. 44 del 2021).

Si tratta di una misura ragionevole che, come osservato, comprime la libertà di autodeterminazione per un periodo di tempo limitato, collegando l'obbligo al permanere dell'emergenza sanitaria. La vaccinazione costituisce un presupposto imposto dalla legge, cui il sanitario può sottrarsi solo nel caso di accertato pericolo per la propria salute in relazione a specifiche condizioni cliniche attestate dal medico di medicina generale (art. 4, co. 2, d.l.n. 44 del 2021).

Sotto il profilo procedurale le Regioni e province autonome mediante i propri sistemi informativi verificano lo stato vaccinale dei sanitari e segnalano all'azienda sanitaria locale di

residenza i nominativi dei soggetti non ancora vaccinati. La Asl datrice invita l'interessato a produrre documentazione in grado di dimostrare l'avvenuta vaccinazione, la sua omissione o differimento per accertati motivi medici, oppure, la presentazione della richiesta necessaria per effettuarla. In caso di mancata presentazione di detta documentazione il sanitario è invitato a sottoporsi a vaccinazione.

Accertata l'inosservanza dell'obbligo, l'Asl datrice sospende il sanitario dal diritto di svolgere mansioni che implicano contatto interpersonale e qualsiasi rischio di diffusione o contagio da Covid-19 e comunica la decisione all'interessato. Se è possibile, il lavoratore viene destinato ad altra mansione anche inferiore, con il trattamento corrispondente, se non è possibile il lavoratore è sospeso senza retribuzione fino all'adempimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021.

L'introduzione dell'obbligo vaccinale ha aperto, come era prevedibile, un certo contenzioso, rispetto al quale, sia in fase cautelare che nel merito, i Giudici ordinari si sono finora espressi in modo univoco con il rigetto dei ricorsi. In particolare, il Consiglio di Stato sez. III con la sent. 20 ottobre 2021, n. 7045 ha confermato la ragionevolezza e la legittimità dell'obbligo del vaccino contro il Covid-19 per il personale socio-sanitario che è di dimostrata efficacia sotto il profilo medico-scientifico ed è imposto per rispondere al duplice interesse di rilievo pubblicistico di: mitigare l'impatto sul SSN in termini di ricoveri e occupazione delle terapie intensive e frenare la diffusione della malattia da Covid-19, essendo il personale sanitario naturalmente esposto in misura maggiore rispetto alla media³⁹.

Anche secondo il Giudice del lavoro, l'obbligo vaccinale non si presta a censure di illegittimità costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza perché è circoscritto a settori del tutto peculiari, nel cui ambito è particolarmente evidente l'esigenza di tutela della salute di soggetti fragili⁴⁰. Come emerge anche nel Rapporto del Gruppo di lavoro dell'Istituto Superiore Sanità, la vaccinazione costituisce strumento idoneo ad evitare l'evoluzione della malattia. Benché non azzeri né il rischio di contrazione della malattia né il rischio della sua trasmissione, la vaccinazione diminuisce tanto la possibilità di contagio per il soggetto che si sottopone ad essa, tanto la probabilità che lo stesso possa infettare altri soggetti con cui venga a contatto⁴¹. Profilandosi infine anche le ragioni legate all'emergenza, il Tar Puglia - Lecce, sez. II, con il decreto n. 480 del 5 agosto 2021, in via cautelare, ha respinto la domanda di sospensiva ed ha affermato che la posizione del ricorrente e il diritto dell'individuo ad autodeterminarsi nel contesto emergenziale «debbono ritenersi decisamente recessivi rispetto all'interesse pubblico» sotteso alla disciplina che impone l'obbligo vaccinale⁴².

³⁹ Su tale complessa pronuncia sia consentito un rinvio a V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez., 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Osservatorioaic.it*, n. 6/2021.

⁴⁰ In part., Trib. Verona, sez. lav., 24 maggio 2021 n. 446; Trib. Verona, sez. lav., 16 giugno 2021, n. 626.

⁴¹ Rapporto ISS COVID-19 n. 4/2021, 13 marzo 2021 (reperibile sul sito www.iss.it); si veda anche *Impatto della vaccinazione COVID-19 sul rischio di infezione da SARS-CoV-2 e successivo ricovero e decesso in Italia* (27.12.2020 - 14.07.2021) *Valutazione combinata dei dati dell'anagrafe nazionale vaccini e del sistema di sorveglianza integrata COVID-19*, Report n. 1, 11 maggio 2021. Sulla sicurezza ed efficacia dei vaccini contro il Covid-19 si esprime in modo molto dettagliato il Consiglio di Stato nella citata sent. n. 7045 del 2021 (negli stessi termini Tar Friuli Venezia Giulia, I sez., sent. 10 settembre 2021, n. 261).

⁴² Lasciando presagire che le ragioni dell'emergenza peseranno in modo significativo nella successiva decisione di merito, il Giudice pugliese precisa ancora che proprio il contesto legato alla diffusione del *virus* «deve costituire il parametro di lettura

4.1. Vaccino e sicurezza dei luoghi di lavoro.

Al di là delle professioni socio-sanitarie per le quali esiste un obbligo vaccinale, resta aperto il problema relativo all'interpretazione dell'estensione degli obblighi ricadenti in capo al datore di lavoro che è tenuto ad assicurare la sicurezza dei luoghi di lavoro (ex art. 2087 c.c.) per salvaguardare lavoratori ed utenti.

In tal senso, anche prima dell'introduzione dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario, il Giudice del lavoro⁴³, anticipando il legislatore, ha considerato legittima la sospensione senza retribuzione del dipendente di una RSA non vaccinato, ponendosi il datore di lavoro in base all'art. 2087 del c.c. come garante della salute e della sicurezza dei dipendenti e dei terzi che si trovano all'interno dei locali aziendali⁴⁴. Di più il Tribunale di Roma ha considerato legittima la sospensione senza retribuzione di una lavoratrice di un villaggio turistico, la quale veniva dichiarata dal medico del lavoro idonea con limitazioni, stante il rifiuto di sottoporsi a vaccinazione⁴⁵. La mancata vaccinazione non assume rilievo disciplinare, perché non esiste obbligo vaccinale, ma comporta una valutazione in ordine all'idoneità allo svolgimento di determinate mansioni a contatto con una pluralità di utenti, costituendo un impedimento all'espletamento della prestazione lavorativa.

L'estensione del *green pass* (di cui di seguito § 5.1.) a tutti i lavoratori pubblici e privati risolve e supera il problema in via di fatto. Tuttavia, l'interrogativo relativo a quali misure sia tenuto il datore di lavoro per assicurare la sicurezza dei luoghi di lavoro potrebbe riproporsi, aprendo di nuovo all'ipotesi, emersa nella riflessione giuslavoristica, che il datore di lavoro possa imporre la vaccinazione contro il Covid-19⁴⁶.

La convinzione viene suffragata dal fatto che la dir. UE del 3 giugno 2020, n. 730⁴⁷ ha incluso il Covid-19 tra gli agenti biologici da cui è obbligatoria la protezione anche nell'ambiente di lavoro

della normativa» impositiva dell'obbligo vaccinale. Similmente, Tar Brescia, I sez., ord. n. 220 del 14 luglio 2021. Sul tema, S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19*, *Lacostituzione.info*, 28 agosto 2021.

⁴³ Trib. Modena, sezione lavoro sent. n. 2467 del 23 luglio 2021. La soluzione adottata dal Tribunale di Modena è stata avallata dallo *jus superveniens*, in quanto l'art. 4 co. 1 del d.l. 44 del 2021 ha introdotto l'obbligo vaccinale proprio per il personale socio sanitario. La novella legislativa quindi corrobora sul piano meramente interpretativo la ricostruzione del giudice del lavoro.

⁴⁴ In tal senso, Trib. Modena, sez. lav. 23 luglio 2021, n. 2467; Trib. Roma, 2 sez. lav., 28 luglio 2021 n. 18441; Trib. Verona, sez. lav., 24 maggio 2021 n. 446; Trib. Belluno, ord. 19 marzo 2021.

⁴⁵ Trib. Roma, 2 sez. lav., 28 luglio 2021 n. 18441, la lavoratrice, a giudizio del medico del lavoro, non poteva infatti venire in contatto con i residenti del villaggio turistico. In questa pronuncia il giudice del lavoro di Roma, ribadisce che il datore di lavoro non può imporre alcun obbligo di vaccinazione che solo la legge può imporre, ma è comunque tenuto ad adottare tutte le misure necessarie a garantire la sicurezza dei luoghi di lavoro (art. 2087 c.c.).

⁴⁶ Anche se con diverse argomentazioni cfr. almeno: G. GORRETTA, *Pandemia vaccinazione e rapporto di lavoro*, in *Lavoro nella giur.*, n.2/2021, 113 ss.; R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19 si applichi la legge!*, in *lpsa.it*, 16 gennaio 2021; Id., *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Dir. e pratica del lavoro*, 2021, 30 ss.; R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questionegiustizia.it*, 18 gennaio 2021; G. CAZZOLA, *Un dibattito surreale*, in *Lavorodirittieuropa.it* n. 1/2021; M. MARINELLI, *Il vaccino anti Covid-19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Lavoro nella giur.*, 2021, 329 ss.; P. ICHINO, *Perché e come il dovere di vaccinarsi può nascere da un contratto di diritto privato*, *Ibidem*, n. 4/2021; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanza e partecipazione*, in *Lavorodirittieuropa.it* n. 2/2021, in part., 16-18.

⁴⁷ Recepita con l'art. 4 del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, conv. in l. 27 novembre 2020, n. 159.

ed ha esteso le misure di prevenzione previste dalla dir. CE del 18 settembre 2020 n. 54 relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti biologici durante il lavoro, recepita con il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro. Il datore di lavoro dovrebbe quindi inserire il contagio da Covid-19 nel documento di individuazione e valutazione dei rischi e la vaccinazione come strumento di mitigazione del rischio. Di conseguenza, in caso di ingiustificato rifiuto della vaccinazione, il medico competente non potrebbe rilasciare il certificato di idoneità alla mansione. In quanto rischio biologico specifico, la vaccinazione diventerebbe condizione per lo svolgimento dell'attività lavorativa e il lavoratore non vaccinato, oltre a poter subire la sanzione disciplinare, dovrebbe essere allontanato dal luogo di lavoro, potrebbe essere destinato, ove possibile, ad altra mansione, potrebbe essere messo in aspettativa e, infine, potrebbe essere perfino licenziato per giusta causa.

Sotto il profilo costituzionale, la ricostruzione proposta non convince affatto. Come risulta evidente dalla formulazione dell'art. 32 Cost., solo la fonte primaria può rendere obbligatorio un *determinato* trattamento sanitario. Il legislatore deve disciplinare in modo puntuale quali sono i trattamenti sanitari obbligatori, non potendosi limitare ad un rinvio alla disciplina secondaria⁴⁸.

L'obbligo generale del datore di lavoro di garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 2087 c.c. e la più dettagliata disciplina contenuta nel Testo unico in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro (Tusl) non sono disposizioni sufficientemente specifiche da poter integrare la riserva di legge posta dall'art. 32 Cost. a salvaguardia del diritto all'autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari⁴⁹. Per quanto infatti non vi sia accordo in dottrina sulla natura assoluta o relativa della riserva di legge in questione, è da escludere che l'interprete possa aggiungere in via interpretativa altre ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori oltre quelli specificamente previsti da disposizioni di legge⁵⁰. L'introduzione dell'obbligo che limita diritti e libertà costituisce una scelta politica, alternativa alla semplice raccomandazione, che per essere coerente con i principi costituzionali deve costituire sempre una scelta *esplicita e residuale*.

Nell'ordinamento costituzionale, centrato sul principio personalista e sull'invulnerabilità della sfera psico-fisica, la libera autodeterminazione è la regola e la sua compressione, con l'imposizione dell'obbligo, costituisce l'eccezione che deve essere oggetto di una decisione puntuale. In tal senso, nella normativa vigente tutti i casi di vaccinazione obbligatoria sono stati introdotti da norme di rango primario relative a determinati agenti patogeni secondo il principio di legalità sostanziale⁵¹.

⁴⁸ Sul punto, cfr. almeno: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 385-386; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 561 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., p.46-50; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 458.

⁴⁹ In tema cfr. almeno: F. FERRARO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor.it*, 10 febbraio 2021; P. PASCUCI - A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza sul lavoro*, 2021, in part., p. 93; G. ZAMPINI, *L'obbligo vaccinale anti-sars-cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, in *Lavoro nella giur.*, n. 3/2021, 221 ss.; L. PAPA - N.A. MAGGIO, *Covid-19: il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro. Quando finisce la libertà del lavoratore e inizia quella del suo collega*, in *Lavorodirittieuropa.it*, n. 1/2021, 7 ss.

⁵⁰ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 558.

⁵¹ Le vaccinazioni obbligatorie sono state introdotte da: l. 6 giugno 1939, n. 891 sull'obbligatorietà della medicina antidifterica; l. 5 marzo 1963, n. 292 sulla vaccinazione antitetanica; l. 4 febbraio 1966, n. 51 sull'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica; l. 31 luglio 2017, n. 119 sulle vaccinazioni in età pediatrica.

Per le stesse ragioni è parimenti da escludere che l'obbligo vaccinale contro il Covid-19 possa essere imposto in via negoziale, mediante il ricorso alla contrattazione collettiva cui fa rinvio il legislatore nella lotta alla diffusione del contagio sui luoghi di lavoro. L'art. 29-*bis* del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (conv. in l. 5 giugno 2020, n. 40) precisa infatti che i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del c.c. mediante l'applicazione di misure di contenimento della diffusione del *virus*, misure contenute nel «protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro» (sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni).

Il richiamo alla disciplina codicistica e il rinvio legislativo alla contrattazione collettiva intende obbligare i datori di lavoro al rispetto di specifici protocolli, introducendo quelle misure di prevenzione e di precauzione che la situazione emergenziale richiede a protezione dei lavoratori che sono più esposti al contagio, in ragione della maggiore o minore proiezione all'esterno⁵². Di certo, invece, il rinvio del legislatore alla contrattazione collettiva non è utilizzabile per estendere l'obbligo vaccinale mediante una modifica dei protocolli. Diversamente si arriverebbe a sostenere che mediante uno strumento negoziale i privati possono esigere l'obbligo vaccinale negli ambienti di lavoro, mentre lo Stato lo potrebbe pretendere solo mediante esplicita disposizione di legge⁵³.

Per quanto rileva nella presente analisi e senza pretesa alcuna di esaustività sulla complessa disciplina in materia di sicurezza del lavoro, un obbligo vaccinale non può neanche essere ricavato dall'art. 279, co. 2, del d.lgs. n. 81 del 2008, secondo il quale il datore di lavoro è tenuto a mettere a disposizione i vaccini al lavoratore; il datore di lavoro ha il dovere di offrire la vaccinazione ai lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico al quale possono essere esposti durante la lavorazione.

Alla “messa a disposizione” del vaccino da parte del datore di lavoro non corrisponde il dovere del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione. La disciplina impone un dovere ma al datore di lavoro che deve rendere disponibili i vaccini, la cui somministrazione da parte del medico competente costituisce un diritto per il lavoratore liberamente azionabile⁵⁴. Peraltro, per ora, nella lotta al Covid-19 la messa a disposizione non è concretamente attivabile dal datore di lavoro, essendo i vaccini contro il *virus* oggetto di una gestione esclusivamente pubblicistica.

Al contrario, sempre secondo le indicazioni del citato art. 279, il datore di lavoro può adottare le misure speciali di protezione sanitaria, come il mutamento di mansione o l'allontanamento temporaneo, secondo la disciplina generale di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008. Finché il legislatore non deciderà di introdurre un obbligo vaccinale contro il Covid-19 sui luoghi di lavoro per i quali esista un particolare rischio di diffusione del contagio o di esposizione all'agente

⁵² M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, 11 ss.; P. PASCUCI - A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, cit., p. 91.

⁵³ G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti-sars-cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, cit., 221 ss.; L. TASCINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavorodirittieuropa.it*, n. 2/2021.

⁵⁴ G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti-sars-cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, cit.; M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quad. cost.*, 2021, p. 96 ss.

infettivo, il datore di lavoro dovrà fare applicazione della disciplina in materia di inidoneità alla mansione specifica, di cui all'art. 42 del citato d.lgs. n. 81 del 2008. Per grandi linee se il medico competente dichiara il lavoratore inidoneo alla mansione specifica a causa della mancata vaccinazione, il datore di lavoro è tenuto, ove possibile, ad adibire il lavoratore a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Laddove non sia possibile è legittima la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione e nel caso in cui il lavoratore non possa essere adibito ad altra mansione, si potrebbe perfino profilare l'ipotesi di un licenziamento per giusta causa.

In mancanza di un obbligo vaccinale per tutti i lavoratori che qualifichi la vaccinazione come condizione per lo svolgimento dell'attività lavorativa - legittimando l'adozione delle sanzioni conseguenti all'inadempimento - il datore di lavoro non può però acquisire i nominativi del personale vaccinato o copia delle certificazioni vaccinali, neanche con il consenso del dipendente o tramite il medico competente⁵⁵.

Avverte in tal senso il Garante della *privacy* che nel contesto lavorativo, a parte le categorie sociosanitarie, eventuali trattamenti di dati personali inerenti alla vaccinazione di dipendenti sono consentiti solo per il tramite del medico competente, nei limiti e alle condizioni previste dalle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro⁵⁶. Il datore di lavoro può quindi adottare le misure speciali di protezione sanitaria solo sulla base delle indicazioni del medico competente che, dovendo esprimere un giudizio di idoneità o non idoneità alla mansione, è l'unico a poter trattare i dati relativi alla vaccinazione dei dipendenti.

La disciplina in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro, per quanto genericamente richiamata, conferma in concreto che l'imposizione del dovere vaccinale deve essere mediato dalla legge e non può essere ricavato in via interpretativa neanche invocando, come anticipato in via introduttiva (*supra* § 2.), una clausola generale di doverosità mediata dal principio solidarista.

Nella logica garantistica assunta dalla Costituzione, per quanto stretta sia la relazione tra principio personalista e solidarista, i doveri sono «quelli espressi analiticamente dalle norme costituzionali»⁵⁷ senza che il richiamo al principio di solidarietà possa, per così dire, «allargare le maglie» dei doveri. Il principio della «certezza dei doveri» per cui, nella sua formulazione generale, nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge (art.

⁵⁵ Sotto questo profilo desta più di un dubbio di legittimità in ordine al rispetto della disciplina in materia di trattamento dei dati sanitari l'art. 1 della l. 165 del 2021 - adottato nelle more delle procedure di referaggio del presente lavoro - che nella conversione del d.l. 127 del 2021 in materia di *green pass* sui luoghi di lavoro prevede che al fine di semplificare e razionalizzare le verifiche, i lavoratori possono richiedere di consegnare al proprio datore di lavoro copia della propria certificazione verde COVID-19. I lavoratori che consegnano la predetta certificazione, per tutta la durata della relativa validità, sono esonerati dai controlli da parte dei rispettivi datori di lavoro.

⁵⁶ Provvedimento del 13 maggio 2021 - documento di indirizzo *Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali*; Protezione dei dati del 14 maggio 2021 *Il ruolo del "medico competente" in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, anche con riferimento al contesto emergenziale*, reperibili sul sito www.garanteprivacy.it

⁵⁷ G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 40. Sulla relazione tra principio personalista e doveri di inderogabili, in part., A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2016, p. 9 ss.

23 Cost), richiede che l'imposizione dei doveri trovi (esplicita) disciplina nella fonte primaria e, nella Costituzione, i propri specifici limiti intrinseci⁵⁸.

4.1.1. Mancanza di una disciplina unitaria ed incertezze applicative: l'esempio dell'ordinanza della Regione Sicilia 7 luglio 2021, n. 7.

Per il momento, la misura del *green pass* esteso a tutti i luoghi di lavoro supera in via di fatto il problema relativo alla sicurezza dei luoghi di lavoro. Tuttavia, essendo il Covid-19 destinato a diventare una malattia endemica con recrudescenze stagionali, il problema di un generalizzato obbligo vaccinale sui luoghi di lavoro, almeno dove esistano problematiche concrete assimilabili al settore sociosanitario, resta aperto e, se non affrontato, rischia di creare disparità di trattamento e incertezze applicative. Emblematica di questo rischio è la pretesa del Presidente della Regione Sicilia che con ordinanza del 7 luglio 2021, n. 75 ritiene di poter affidare alle Aziende sanitarie provinciali la realizzazione una ricognizione dei dipendenti pubblici e degli enti regionali non vaccinati.

Secondo l'art. 2 della citata ordinanza, a seguito di tale ricognizione, tutti coloro che nell'esercizio dei propri compiti d'ufficio si trovino ad instaurare contatti diretti con il pubblico vengono *formalmente invitati*, per il tramite dei datori di lavoro, a ricevere la vaccinazione. In caso di indisponibilità o di rifiuto di sottoposizione a vaccinazione, il datore di lavoro pubblico provvede ad individuare per l'interessato una differente assegnazione lavorativa che non implichi il contatto diretto del lavoratore con l'utenza esterna.

L'ordinanza della Regione Sicilia non impone l'obbligo vaccinale - che può naturalmente essere disposta solo dal legislatore statale - ma considera l'avvenuta vaccinazione una condizione per l'esercizio di determinate mansioni. Ci si può domandare quindi se alla luce della giurisprudenza costituzionale, la Regione possa introdurre un'organizzazione dei propri uffici che tenga conto anche dello stato vaccinale dei dipendenti.

Sovviene a tal proposito la sent. n. 137 del 2019 con la quale la Corte costituzionale, per quanto qui interessa, si è pronunciata sulla legge pugliese che al fine di prevenire e controllare la trasmissione delle infezioni sul luogo di lavoro e delle infezioni ad operatori e pazienti, conferiva alla Giunta regionale il compito di individuare i reparti dove consentire l'accesso ai soli operatori che si fossero attenuti alle indicazioni del piano nazionale di prevenzione vaccinale vigente per i soggetti a rischio per esposizione professionale, sotto pena in caso di accesso non consentito di sanzioni amministrative. Riconducendo l'intervento normativo regionale alla competenza in

⁵⁸ G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 40 - 41; P. BARILE, *Diritto dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 68 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 542; A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, cit., 827 ss.; M. MASSA, *Lavoro e vaccinazioni contro il Covid-19*, cit., 104. Sul rapporto tra art. 23 e 32 Cost., in part., D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 48, sottolinea come «i trattamenti sanitari obbligatori, che costituiscono una limitazione del diritto alla salute come diritto di libertà», rappresentano una «particolare prestazione personale imposta, sottratta al regime ordinario dell'art. 23 Cost.» che richiede la mera riserva relativa di legge e sottoposta alle più stringenti garanzie dell'art. 32 Cost., tra le quali la riserva di legge assoluta.

materia di organizzazione del servizio sanitario regionale, la Corte costituzionale considera legittima la preclusione agli operatori non vaccinati ai reparti individuati con la deliberazione della Giunta⁵⁹, mentre restano fermi gli ordinari obblighi in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro, di competenza statale, incidendo in tal modo sulla disciplina del rapporto di lavoro. Così, in assenza di un obbligo vaccinale imposto dal legislatore statale, il rifiuto del vaccino resta senza sanzione, ma come osservato anche in via generale (al § precedente), tale evenienza «non incide sugli ordinari obblighi ricadenti sul datore di lavoro in tema di sicurezza che restano, appunto, quelli delineati dalla disciplina statale sul punto, dettata in primo luogo dalla clausola generale di cui all'art. 2087 del codice civile e dalle previsioni contenute nel decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (...) e, nell'ambito di queste, in particolare per quanto qui interessa, dall'art. 279 in combinato disposto con gli artt. 17, 18 e 41»⁶⁰.

Alla luce delle indicazioni giurisprudenziali, si potrebbe quindi ammettere che la decisione adottata con ordinanza dal Presidente della Regione Sicilia nella lotta al Covid-19 finisca per riproporre quanto disposto, in via generale, in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro, con la previsione che il lavoratore non vaccinato e che svolge attività in contatto con soggetti terzi/utenti sia adibito ad altra mansione.

L'ordinanza siciliana introduce una differenziazione su base regionale tra lavoratori che esercitano le medesime funzioni, ma tali differenze potrebbero essere considerate espressione dell'autonoma competenza organizzativa regionale. Sotto questo aspetto, anche nel contesto emergenziale, la Corte costituzionale nella sent. n. 37 del 2021 ha infatti chiarito che le Regioni conservano la competenza in materia di ordinamento e organizzazione dei propri uffici. D'altra parte, sebbene l'ordinanza presidenziale abbia ad oggetto un aspetto di competenza regionale, ovvero l'organizzazione amministrativa, le misure in concreto adottate finiscono con impattare con la competenza esclusiva dello Stato nella gestione dell'emergenza pandemica.

Come afferma la Corte costituzionale, sempre nella sent. n. 37 del 2021, se la profilassi internazionale è inclusiva di ogni misura «atta a contrastare la pandemia ovvero a prevenirla»⁶¹,

⁵⁹ È invece da escludere che possa essere sanzionato l'eventuale rifiuto opposto dai medesimi operatori sanitari di sottoporsi ai trattamenti vaccinali raccomandati dal piano nazionale di prevenzione vaccinale per i soggetti a rischio per esposizione professionale. In tal senso, nella pronuncia n. 137 del 2019, punto 4.2. del *Considerato in diritto*, la Corte costituzionale ha modo di dichiarare l'illegittimità di altra disposizione della Regione Puglia secondo la quale «in particolari condizioni epidemiologiche o ambientali, le direzioni sanitarie ospedaliere o territoriali, sentito il medico competente, valutano l'opportunità di prescrivere vaccinazioni normalmente non raccomandate per la generalità degli operatori». Secondo la Corte costituzionale per questo aspetto la legge pugliese invade un ambito riservato al legislatore statale, «sia in quanto inerente ai principi fondamentali concernenti il diritto alla salute, come disposto dall'art. 117, terzo comma, Cost., che riserva allo Stato «il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili» (sentenza n. 5 del 2018; analogamente sentenza n. 169 del 2017), sia perché attinente alla riserva di legge statale in materia di trattamenti sanitari di cui all'art. 32 Cost., riserva che, a sua volta, è connessa al principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost.». Nello stesso senso, da ultimo: Tar Roma, sez. III quater, 2 ottobre 2020, n. 10047; Trib. Messina 12 dicembre 2020. Sul punto L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro*, cit., 8; F. PASSANANTI, *La Corte costituzionale torna sul riparto di competenze tra Stato e Regione in materia di vaccinazioni obbligatorie: osservazioni a margine della sentenza n. 137 del 2019*, in *Nuove autonomie*, 2019, 681 ss.; ID., *Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni*, in *Consultaonline.it*, n. 2/2018, 473 ss.; P. GIANGASPERO, *Oneri vaccinali per gli operatori sanitari e competenze regionali concorrenti*, in *Le Regioni*, 2019, 1058 ss.

⁶⁰ Sent. n. 137 del 2019, punto 3.5 del *Considerato in diritto*.

⁶¹ Con la nota sent. n. 37 del 2021, ampiamente commentata in dottrina, la Corte costituzionale ha chiarito (in part. ai punti 7-8 del *Considerato in diritto*) che la competenza statale in materia di profilassi internazionale include ogni aspetto relativo alla prevenzione e al contrasto delle malattie infettive non costituisce una materia trasversale. La Corte non ravvisa neanche la

appare difficile ammettere elementi organizzativi di differenziazione che, anche indirettamente, possono contraddire o ostacolare la realizzazione di una politica unitaria di gestione dell'emergenza e nella realizzazione di una coerente politica di incentivazione vaccinale.

Sotto altro punto di vista, l'aspetto su cui la Regione non può senz'altro intervenire consiste nella pretesa di realizzare una ricognizione generale dello stato vaccinale dei dipendenti regionali e degli enti locali da parte delle aziende sanitarie. Sul punto il Garante della *privacy* ha adottato il provvedimento del 22 luglio 2021 contenente un avvertimento rivolto alla regione Sicilia con il quale chiarisce che la ricognizione generalizzata dello stato vaccinale, funzionale all'eventuale mutamento di mansioni per il lavoratore non vaccinato, implica il trattamento di dati personali non previsto dalla legge statale.

La Regione viola il riparto di competenze essendo la protezione dei dati personali materia di competenza statale rientrante negli ambiti dell'ordinamento civile (art. 117, co. 2, lett *l*) e dell'ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali (art. 117, co. 2, lett *g*)⁶². La ricognizione generalizzata del numero di dipendenti non vaccinati e le visite straordinarie per i dipendenti che si presentano spontaneamente innanzi al medico competente, dopo essere stati *invitati formalmente* per il tramite dei datori di lavoro a vaccinarsi, viola la disciplina in materia di sorveglianza sanitaria, secondo la quale la periodicità della visita medica viene stabilita dalla legge, può essere effettuata sulla base della valutazione del rischio da parte del medico competente o può essere richiesta dal lavoratore qualora sia ritenuta dal medico

sussistenza di intrecci di materie e chiarisce che per fronteggiare le malattie infettive è necessaria una disciplina unitaria, nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nella tutela della salute come diritto fondamentale e interesse della collettività. Rileva la Corte costituzionale che la legge n. 833 del 1978 che disciplina il Servizio sanitario nazionale (SSN), all'art. 6, affida allo Stato la competenza in materia di vaccini e di misure quarantenarie; contempla, all'art. 7, la possibilità della *delega* che in quanto tale non esclude la possibilità di un ri-accentramento di competenze. Le Regioni non sono estranee alla gestione della crisi in ragione delle proprie competenze in materia di sanità e di protezione civile, confermate dalle attribuzioni gestionali loro riconosciute a livello legislativo nella legge istitutiva del SSN, ma il prevalente interesse della profilassi internazionale finisce per annullare di fatto i margini di competenza regionale, senza alcuna forma di intreccio di competenze prevalenza o attrazione in sussidiarietà. Le Regioni, in definitiva, hanno compiti gestionali che sono però dimensionati rispetto alla natura dell'emergenza: laddove l'emergenza abbia rilievo pandemico vengono in considerazione le competenze esclusive dello Stato. Del resto, il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti in materie di sanità ed igiene secondo l'art. 32 della l. 833 del 1978 spetta alle Regioni e agli enti locali solo se tali livelli di governo possano garantire l'adozione di atti efficaci. Non si tratta soltanto di un limite di efficacia territoriale quanto piuttosto della natura della crisi sanitaria, intervenendo il Ministro della salute laddove l'emergenza richieda una disciplina sull'intero territorio nazionale. In questo senso l'art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998 e l'art. 7 co. 1 lett. *c* del d.lgs. n. 1 del 2018 (Codice di protezione civile) confermano tale approccio, modulando l'intervento dei diversi livelli di Governo, in ragione della *dimensione* dell'emergenza. Su tale pronuncia sia consentito un limitato rinvio a: D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forumcostituzionale.it*, n.2/2021; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, "annichilimento" della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *inv*; R. NIGRO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti regionali*, n. 2/2021, 419 ss.; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 3/2021. Più ampiamente, sugli effetti della pandemia sul regionalismo, A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni: quale lezione trarre riguardo al sistema della autonomie?*, in *Diritti regionali*, n. 1/2021; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 333 ss.

⁶² La Corte costituzionale si è espressa in tal senso in part. con la sent. n. 271 del 2005. Sul punto in part. S. FOÀ, *Tutela della privacy e sistemi informativi regionali: il potere normativo regionale è riconosciuto solo se richiama e rispetta il codice sul trattamento dei dati personali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2006; P. COSTANZO, *La privacy tra Stato e Regioni: la Corte costituzionale fissa i paletti*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 560 ss.; R. DI MARIA - A.A. GENNA, *L'interferenza fra competenze statali e regionali in materia di "trattamento dei dati personali e coordinamento informativo statistico ed informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale"*, in *relazione al riparto costituzionale della potestà legislativa ed alla luce della giurisprudenza costituzionale in Nuove autonomie*, 2008, fasc. 1-2, 83 ss.

competente correlata ai rischi professionali o alle sue condizioni di salute, suscettibili di peggioramento a causa dell'attività lavorativa svolta (art. 41, d.lgs. n. 81 del 2008). Anche la prevenzione del rischio implica visite e accertamenti diagnostici che costituiscono indubbiamente trattamenti sanitari, ma in conformità all'art. 32 Cost. trovano fondamento in specifiche disposizioni di legge, ovvero, nella disciplina in materia di sicurezza del lavoro.

In definitiva, il tentativo regionale è di dubbia legittimità ed è destinato a non trovare concreto seguito o ad essere ridimensionato, ma punta comunque l'attenzione sulla necessità di considerare che la mancata esecuzione del vaccino contro il Covid-19, rilevi ai fini della valutazione del rischio sul luogo di lavoro e della conseguente organizzazione dei luoghi di lavoro e, in particolare, delle amministrazioni pubbliche.

5. Esigenze di prevenzione ed estensione del c.d. green pass: introduzione.

Per quanto finora osservato, l'assenza di una regolazione uniforme per i luoghi di lavoro schiude ad una serie di problemi cui lavoratori, datori di lavoro e terzi sono esposti e solleva il dubbio in ordine alla ragionevolezza di limitare l'obbligo vaccinale contro il Covid-19 ad una sola categoria di lavoratori, quella degli operatori socio-sanitari, quando anche molte altre categorie sono ad alto rischio di diffusività del contagio.

Per ora ed in via temporanea, il problema è risolto dall'estensione del *green pass* ai luoghi di lavoro, ma il mantenimento della limitazione dell'obbligo vaccinale ad una sola categoria potrebbe invero costituire una lacuna, accertabile dal Giudice costituzionale, in quanto in particolare nei luoghi di comunità emerge maggior rischio per il lavoratore e per i terzi, ossia, per gli utenti (fragili, non vaccinabili) di un determinato servizio o prestazione di contrarre e diffondere il *virus*⁶³. A tal proposito, come già ricordato, la Corte costituzionale nella nota sent. n. 218 del 1994 ha affermato che la posizione simmetrica tra la tutela della salute individuale e l'interesse della collettività giustifica la sottoposizione ad accertamenti sanitari di coloro che svolgono *determinate attività* che rischiano di mettere in pericolo la salute di terzi.

Certo per il Covid-19, nel contesto pandemico, sono molteplici le ipotesi in cui le attività economiche e sociali possono ledere la salute altrui, prevedendo un contatto con altre persone: non solo le attività socio sanitarie, ma anche la scuola, la ristorazione, i trasporti, lo spettacolo, il commercio al dettaglio (etc...)⁶⁴.

Superata la fase più acuta dell'emergenza, quando la disponibilità di vaccini era limitata e occorreva salvaguardare il personale medico particolarmente esposto, sembrerebbe coerente

⁶³ Come già rilevato *supra* §§ 2-2.1, l'obiezione secondo la quale la vaccinazione contro il Covid-19 non protegge *completamente* dal contagio non è particolarmente pregnante in quanto la protezione derivante dal vaccino è idonea sia a limitare decisamente il contagio, sia ad abbassare l'incidenza della malattia non solo a livello sanitario, ma anche sociale ed economico, soprattutto per determinati settori e categorie di lavoratori in costante contatto con soggetti terzi.

⁶⁴ In tal senso, L. PAPA, *Senato della Repubblica Osservazioni al disegno di legge 2167 (d.l. 44/2021) - misure contenimento Covid-19*, sintesi dell'intervento svolto il 20 aprile 2021 (reperibile sul sito internet del Senato); L. PAPA - N.A. MAGGIO, *Covid-19: il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro*, cit., 7-8.

estendere l'obbligo vaccinale a tutte quelle categorie ed attività per le quali emerga la medesima esigenza di reciproca protezione derivante dal contatto con pubblico ed utenti, considerando di conseguenza la vaccinazione contro il Covid-19 una condizione di idoneità allo svolgimento della mansione.

Se la scelta di rendere obbligatorio o raccomandare un determinato trattamento sanitario spetta al legislatore, non di meno nella prospettiva tracciata dal Giudice costituzionale potrebbe emergere il problema della *mancata* estensione di una misura di prevenzione dal rischio di diffusione del contagio, limitata alla sola categoria medico-assistenziale. Per ora, quest'ultima evenienza appare remota, perché il Governo è intervenuto con uno strumento di compromesso, ovvero, il *green pass* allargato che, come si vedrà di seguito, senza imporre l'obbligo vaccinale, subordina la possibilità di lavorare (nel settore sia pubblico che privato) e di svolgere determinate attività al rilascio del certificato che attesta la guarigione, l'avvenuta vaccinazione o un *test* negativo svolto nelle precedenti 48 ore.

5.1. *Origini, trasformazione e legittimità del green pass.*

Per aumentare l'adesione alla campagna vaccinale, evitando il confronto e il conflitto scaturente dal dover affrontare il tema dell'estensione dell'obbligo vaccinale, il Governo ha esteso l'uso del *green pass* che, come si vedrà, finisce per essere uno strumento diverso dall'obbligo vaccinale, ma comunque molto pervasivo.

Ideato a livello europeo, con il regolamento 14 giugno 2021, n. 953, il certificato verde digitale, è stato introdotto al fine di agevolare e favorire spostamenti nell'UE, attestando l'avvenuta vaccinazione, la guarigione dall'infezione da Covid-19 o, in ogni caso, l'esito negativo del tampone. In attuazione dell'art. 168 TFUE, secondo il quale l'Unione *completa* le politiche sanitarie che restano nazionali, il regolamento intende istituire un quadro comune per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai *test* e alla guarigione dal Covid-19, senza restringere, ma al fine di agevolare la circolazione.

Il regolamento crea un sistema armonizzato per il riconoscimento dei dati sanitari nel caso in cui uno Stato membro applichi restrizioni, restando agli Stati la decisione in ordine all'introduzione degli obblighi vaccinali o di misure ulteriori di protezione della salute collettiva⁶⁵. Gli Stati membri mantengono quindi la competenza ad imporre «restrizioni per motivi di salute pubblica» come ribadisce l'art. 11, par. 1 del reg. 2021/953, restrizioni che evidentemente possono riguardare l'estensione dell'uso del *green pass* a quelle situazioni in cui esiste pericolo di maggiore diffusione del contagio, come avvenuto nella legislazione nazionale italiana.

Il legislatore dopo aver introdotto il *green pass* secondo la disciplina europea (art. 9, d.l. 22 aprile 2021, 52, conv. in l. 17 giugno 2021, n. 87), ne ha dapprima esteso l'applicazione ad una serie di

⁶⁵ G. D'ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell'esercizio del diritto di libera circolazione nell'UE durante la pandemia di COVID-19. Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. "certificato verde digitale"* in Osservatorioaic.it, n. 3/2021, 37 ss.

attività sportive, culturali e ricreative (art. 3, d.l. 23 luglio del 2021, n. 105, conv. in l. 16 settembre 2021, n. 126) per poi estenderne l'impiego al settore dei trasporti a lunga percorrenza e al comparto scuola/università e a tutto il personale che accede agli ambienti in cui si svolgono attività scolastiche (art. 1, co. 6, d.l. 6 agosto 2021, n.111 e art. 1, d.l. 10 settembre 2021, n.122). Infine, dopo una lunga interlocuzione con Confindustria e le rappresentanze sindacali, con il d.l. 21 settembre 2021, n. 127 (conv. in l. 19 novembre 2021, n. 165), il possesso del *green pass* diventa condizione per lo svolgimento di tutte le attività lavorative pubbliche e private.

Nella rapida evoluzione legislativa, il certificato verde vaccinale si è trasformato in un istituto con obiettivi in parte diversi rispetto a quelli sottesi alla misura introdotta dal legislatore europeo. Il legislatore italiano ha utilizzato la certificazione digitale, pensata per facilitare lo *spostamento* tra i Paesi dell'Unione per finalità ulteriori, ovvero, per agevolare la *ripresa* economica e sociale, guardando prima a quei settori maggiormente colpiti dalle chiusure (ristorazione, attività sportive e ricreative...) ⁶⁶ per rivolgersi, poi, a tutto il mondo del lavoro.

Nell'arco di pochissimi mesi si sono succeduti diversi provvedimenti che rispondono quindi ad esigenze diverse e che hanno sollevato pesanti critiche ed effetti fortemente divisivi ⁶⁷. In particolare, il *green pass* allargato è stato considerato discriminatorio, limitativo delle libertà personali e, infine, illegittimo per aver introdotto in forma surrettizia l'obbligo vaccinale, aggirando in sostanza i limiti dell'art. 32 Cost. ⁶⁸.

L'adozione dello strumento pone molteplici interrogativi, ma non sembra porre criticità insuperabili sotto il profilo costituzionale. Con l'obiettivo di incentivare la vaccinazione, il *green pass* consente a chi è guarito, a chi è vaccinato o ha un tampone negativo (effettuato nelle 48 ore precedenti) di esercitare una serie di diritti fondamentali (circolazione, iniziativa economica, istruzione...) che, diversamente, vista la circolazione del *virus*, sarebbero preclusi. La misura del certificato verde vaccinale ha funzione promozionale, ma evita anche l'adozione di altre misure più restrittive che si sostanzierebbero inevitabilmente nella privazione dell'esercizio di tali diritti, con l'adozione di chiusure generalizzate o parziali per molteplici attività economiche e sociali, già pesantemente penalizzate ⁶⁹.

Lasciando la scelta se sottoporsi a vaccinazione o a test anti-Covid, la misura del *green pass* può essere considerata uno strumento di raccomandazione, di persuasione. Secondo le teorie del paternalismo libertario, il *green pass* potrebbe integrare un "spinta gentile" a tenere un determinato comportamento, che lascia la possibilità di scelta, non imponendo l'obbligo vaccinale.

⁶⁶ A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021, 6 evidenzia come altri Paesi dell'Unione (Francia, Spagna, Portogallo) hanno introdotto dopo il *green pass* altre certificazioni Covid-19 la cui presentazione è condizione per lo svolgimento di una serie di attività che vanno dalla ristorazione, trasporto pubblico fino all'accesso a locali e servizi pubblici. In altri ordinamenti (Germania, Austria) è richiesta la presentazione del tampone negativo per la partecipazione ad eventi al chiuso e lo svolgimento di varie altre attività.

⁶⁷ La diffusione caotica e incontrollata delle informazioni, ma anche di cattiva informazione - agevolata da un uso pervasivo dei social media - ha diviso il Paese in «fazioni» contrapposte, in questo senso si rinvia all'attenta riflessione di I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, in *Questionegiustizia.it*, 3 agosto 2021.

⁶⁸ Osservatorio per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass*, in *Questione Giustizia*, 31 luglio 2021.

⁶⁹ B. LIBERALI, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, in *Gruppodipisa.it*, n.2/2021 314; G. GRASSO, "Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale: prime considerazioni, in *Cortisupremeasalute.it*, n.1/2021.

Senza tuttavia scomodare le teorie del paternalismo libertario⁷⁰, fortemente criticate perché, come noto, rischiano di legittimare politiche manipolatorie non conciliabili con il rispetto della libertà di autodeterminazione⁷¹, il *green pass* rientra nell'ambito di quelle misure promozionali del diritto la cui funzione non è solo imporre o vietare, ma *indurre*⁷². Si tratta di tecniche normative, certo non nuove, tese ad incoraggiare, promuovere determinati comportamenti.

Non limitandosi, come è evidente, a svolgere una funzione repressiva e protettiva, lo Stato tenta di attuare il controllo sociale non solo in modo passivo, ovvero vietando o imponendo determinate azioni, ma mediante un controllo attivo favorendo e agevolando le azioni vantaggiose⁷³. In questa prospettiva va letta anche la disciplina che - in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale in età pediatrica - conferisce ampio rilievo all'informazione, al confronto e alla persuasione prevedendo, prima di comminare la sanzione, un procedimento teso a fornire ai genitori informazione sulle vaccinazioni e sollecitarne l'effettuazione da parte delle competenti autorità sanitarie.

Sulla disciplina promozionale, proprio relativamente al contrasto delle malattie infettive, la Corte costituzionale ha avuto modo in più occasioni di evidenziare come sia *decisivo* il rilievo assunto dalle campagne di sensibilizzazione svolte da parte delle competenti autorità pubbliche allo scopo di raggiungere e rendere partecipe la più ampia fascia di popolazione⁷⁴. La campagna vaccinale - osserva la Corte costituzionale - crea negli individui affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie⁷⁵. Tanto è vero che in caso di diritto al risarcimento dell'eventuale danno derivante dalla vaccinazione, appare del tutto irrilevante che la vaccinazione sia stata solo raccomandata o sia obbligatoria per legge⁷⁶.

⁷⁰ C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario* (trad.it), Milano, Feltrinelli, 2015, passim; C. R. SUNSTEIN, R. THALER, *La spinta gentile* (trad. it.), Milano, Feltrinelli, 2009. Nella dottrina italiana cfr. almeno: M. MARCHESIello, *Nudge, ovvero il tramonto dell'uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 947 e ss.; G. PASCUZZI, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2018, 89 ss.; N. RANGONE, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 151 ss.; M. CLARICH, *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle "spinte gentili"*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 413 ss.; F. DI PORTO - N. RANGONE, *Cognitive-based regulation: new challenges for regulators? (Regolamentazione su base cognitiva: nuove sfide per i regolatori?)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2013; F. ZAPPINO, *Il paternalismo, tra «proibizione» e «disciplinamento»: un percorso critico nella letteratura contemporanea*, in *Meridiana*, n. 79/2014, 151 ss.

⁷¹ A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, n.1/2021, in part. 498 ss.; Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid-19*, in *Rivistaaic.it*, n. 3/2021, 199 ss.; G. DAL FABBRO, *Nudging and COVID-19: Behavioural Insights as Policy Tools in the Fight Against the Virus*, in *BioLawJournal.it*, n.1/2021, 191 ss. Su paternalismo e rispetto della dignità umana, in part., E. BATTELLI, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell'autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, in *Pol. dir.*, 2018, 579 ss.

⁷² M. AINIS, *Green pass, la strategia dell'induzione di Draghi ha funzionato*, Intervista, *Huffingtonpost.it*, 16 settembre 2021

⁷³ N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1969, in part., 1324-1325.

⁷⁴ Corte cost. sent. n. 107 del 2012, punto 4 del *Considerato in diritto*. Sul rilievo delle campagne vaccinali, si veda anche Corte cost. sent. n. 5 del 2018, punto 8.2.4. del *Considerato in diritto*. Sul punto in part., C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, in *Giur. cost.*, 2018, 100 ss. Sugli effetti della cattiva informazione che sono una delle principali cause del calo delle coperture vaccinali verificatosi nel primo decennio del XXI sec. (e che ha poi indotto il legislatore a reintrodurre una serie di obblighi vaccinali in età pediatrica, con la l.n.119 del 2017), F. S. FLORIO, *La questione vaccinale nel quadro degli assetti costituzionali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 399 ss.; M. VALSECCHI, *Le vaccinazioni come catalizzatore di tensioni ideologiche*, in *L'arco di Giano*, 2008, n. 56, 63 ss.

⁷⁵ Corte cost. sent. n. 118 del 2020, punto 3.4. del *Considerato in diritto*.

⁷⁶ Sul punto per una completa ricostruzione del tema, si veda F. PASSANANTI, *Le vaccinazioni obbligatorie o raccomandate ed il diritto all'indennizzo*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2021.

Coloro che si sottopongono alla vaccinazione, obbligatoria o raccomandata, realizzano un interesse collettivo «indipendentemente da una loro specifica volontà di collaborare»⁷⁷. Laddove un determinato comportamento venga incentivato dalle autorità pubbliche, l'adesione da parte di ciascun individuo realizza un effetto cooperativo di per sé giuridicamente rilevante perché teso alla realizzazione dell'interesse collettivo, sia che il comportamento venga imposto mediante l'obbligo, sotto la minaccia di una sanzione, sia che costituisca il risultato dell'adesione spontanea ad un invito⁷⁸.

Nel perseguire l'interesse sociale alla vaccinazione, la distinzione tra imposizione e persuasione tende a sbiadire; il comportamento cooperativo dei singoli ha rilievo giuridico e deve ricevere tutela giudiziale in quanto concretizzazione di quel patto di solidarietà, di quel «vincolo di appartenenza attiva», come lo definisce la Corte costituzionale, che collega il singolo alla comunità e regola il rapporto «biunivoco» esistente tra diritti e doveri⁷⁹.

La misura del *green pass* può dunque essere considerata una forma incisiva di promozione della campagna vaccinale che appare coerente con la giurisprudenza costituzionale anche sotto il profilo dell'adeguatezza del fondamento medico scientifico della disciplina adottata. L'ammissibilità dei trattamenti sanitari - come osservato (*supra* § 3) - non costituisce infatti una scelta politica meramente discrezionale, ma è subordinata alle acquisizioni medico scientifiche, fornite dalle autorità sanitarie a livello nazionale e sovranazionale. In tal senso come emerge nel considerato n. 7 del reg. UE n. 2021/953 in base alle evidenze mediche attuali, pur se in evoluzione, le persone vaccinate o che hanno avuto di recente un risultato negativo e le persone che sono guarite dal Covid-19 nei sei mesi precedenti hanno «un rischio ridotto di contagiare altre persone con il Sars- CoV-2».

Esistono solidi dati scientifici che consentono di affermare che tali persone «non costituiscono un rischio significativo per la salute pubblica» e, quindi, non devono essere soggette a restrizioni, poiché queste ultime non sarebbero necessarie a conseguire l'obiettivo di tutelare la salute pubblica. In questo senso anche il *Conseil Constitutionnel* francese nella decisione n. 2021-824 DC del 5 agosto 2021, confermando la legittimità della disciplina che impone l'esibizione del passaporto vaccinale, ha ritenuto che la scelta del legislatore sia fondata su evidenze medico-scientifiche in base alle quali è confermata l'idoneità della misura a contenere i contagi. In base alle attuali conoscenze, alla diffusione del *virus* e delle varianti, il *Conseil Constitutionnel*

⁷⁷ Corte cost. sent. n. 107 del 2012, punto 4 del *Considerato in diritto*. Il punto è ricordato da A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionali*, cit., 507-508.

⁷⁸ La promozione di un determinato comportamento ha rilievo giuridico in quanto la scelta individuale di aderire alla raccomandazione è votata comunque alla salvaguardia dell'interesse collettivo, a prescindere dalle particolari motivazioni che muovono i singoli, in tal senso: Corte cost. sent. n. 107 del 2012, punto 4 del *Considerato in diritto* e sent. n. 118 del 2020, punto 3.4. del *Considerato in diritto*.

⁷⁹ Corte cost. sent. n. 75 del 1992, punto 2 del *Considerato in diritto*. Sulla solidarietà come principio che regola la convivenza tra diritti e doveri, in part., L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale*, cit., 33; sulla relazione biunivoca tra diritto e doveri, con importanti riferimenti ai lavori in Assemblea costituente, A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forumcostituzionale.it*, 20 aprile 2015. 2

ritiene che la misura dell'esibizione del passaporto vaccinale per lo svolgimento di determinate attività sia giustificata dall'esigenza di limitare il rischio di diffusione del contagio⁸⁰.

Tenendo presenti i dati scientifici e ponendo come obiettivo prioritario quello di *minimizzare* le restrizioni nell'esercizio dei diritti e delle libertà e di evitare chiusure indiscriminate, si può fare anche un ragionamento inverso, ossia, che è irragionevole imporre restrizioni a chi è guarito, vaccinato o si è sottoposto ad un *test* perché il rischio che costoro possano contagiare altri individui appare estremamente contenuto.

Se, come ha chiarito la Corte costituzionale, l'obiettivo del bilanciamento tra diritti fondamentali consiste nell'evitare la compressione del nucleo fondamentale del diritto, appare ragionevole e proporzionato imporre il sacrificio del possesso del *green pass*, che lascia l'alternativa tra accertamento della guarigione, vaccinazione o sottoposizione al *test*, proprio per evitare che il diritto di rifiutare il trattamento sanitario possa "tiranneggiare"⁸¹ gli altri fondamentali, imponendo ulteriori restrizioni delle libertà di circolazione, riunione, istruzione, iniziativa economica nonché del diritto dovere al lavoro, diritti già pesantemente colpiti durante le ripetute chiusure.

L'introduzione del *green pass* come condizione per l'esercizio di alcune attività appare peraltro coerente con la già rammentata indicazione della Corte costituzionale secondo la quale è legittima la sottoposizione ad accertamenti sanitari per chi svolge "determinate" attività che rischiano di mettere in pericolo la salute di terzi (sent. n. 218 del 1994). Al contempo, i presupposti per il rilascio del *green pass* costituiscono trattamenti o accertamenti diversi tra loro, che ugualmente contribuiscono a limitare il contagio, proteggendo la salute come interesse della collettività e anche a tutelare la salute di chi vi si sottopone.

La ragionevolezza e la proporzionalità dell'incisiva condizione che viene imposta a gran parte dei cittadini con il *green pass* deriva inoltre dalla sua temporaneità. Con regole sempre più stringenti, il *green pass* ha l'obiettivo di aumentare il numero dei cittadini vaccinati per evitare l'imposizione dell'obbligo vaccinale generalizzato o, forse, per transitare gradualmente all'imposizione dell'obbligo, laddove lo richiedano la diffusione e i dati medico-sanitari.

Del resto, anche sotto il profilo delle conseguenze derivanti dalla mancata esibizione del *green pass* appare evidente che si tratta di una situazione sopportabile solo in via temporanea. Il lavoratore pubblico o privato che non sia in possesso del *green pass* non può accedere ai luoghi di lavoro, è considerato assente ingiustificato, senza conseguenze disciplinari e con il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. Per i giorni di assenza ingiustificata non sono dovuti

⁸⁰ Il punto è ricordato anche da A. MORELLI e S. PENASA, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., rispettivamente a 318; e 320. Sulla pronuncia del *Conseil Constitutionnel*, dec. n. 2021-824 DC del 5 agosto 2021, consultabile in *Federalismi.it*, n.20/2021, si veda più ampiamente G. GRASSO, *Il passe sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2021, 2819 ss.

⁸¹ Nella nota sent. n. 85 del 2013, al punto 9 del *Considerato in diritto*, la Corte costituzionale afferma che i diritti fondamentali si limitano vicendevolmente; nella prospettiva già tracciata di una tutela sistemica e non frazionata di diritti (nella sent. n. 264 del 2012), la Corte costituzionale afferma che al diritto alla salute «non può essere riconosciuta preminenza o assolutezza». I diritti fondamentali non sono in un rapporto di gerarchia tra di loro, altrimenti si potrebbe giustificare «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente protette».

retribuzione, né altro compenso o emolumento comunque denominato, ma il lavoratore non può essere licenziato (art. 1, co. 6 e art. 3, co. 6, d.l. n. 127 del 2021).

Solo nelle imprese con meno di quindici dipendenti, dopo cinque giorni di assenza ingiustificata, il datore di lavoro può sospendere il lavoratore per la durata corrispondente a quella del contratto di lavoro stipulato per la sostituzione e comunque per un periodo di tempo limitato di dieci giorni, rinnovabili per una volta, e non oltre la data del 31 dicembre 2021 (art. 3, co. 7, d.l. n. 127 del 2021). A parte quest'ultima indicazione, nell'eventualità della mancata presentazione del *green pass* il datore di lavoro sarà in ogni caso tenuto ad una riorganizzazione dell'attività lavorativa che può essere solo temporanea e finalizzata al superamento della situazione emergenziale o, laddove necessario, all'introduzione del più penetrante obbligo vaccinale (per categorie o generalizzato).

5.2. Green pass: una “spinta” sempre meno “gentile”.

Con la finalità di promuovere la campagna vaccinale, il *green pass* non impone alcun obbligo ma lascia un'alternativa: consente di svolgere attività che, altrimenti, sarebbero autorizzate solo a distanza o sarebbero vietate del tutto, permettendo la ripresa di molteplici attività sociali ed economiche⁸².

Sotto il profilo applicativo, nella prima fase (con il d.l.n. 105 del 2021) il *green pass* ha costituito una condizione per l'accesso ad una serie di attività che possono essere considerate voluttuarie, centrali per l'economia e la socialità, ma comunque rispondenti a bisogni secondari dell'individuo⁸³.

Successivamente, con l'estensione al comparto scuola ed università (con i d.l.n. 111 e 122 del 2021) e, poi, con il generalizzato obbligo per tutti i lavoratori (d.l.n. 127 del 2021), il possesso del *green pass* è diventato una condizione per l'esercizio del diritto/dovere al lavoro. Sollevando aspre contestazioni ed effetti divisivi, l'obbligo del *green pass* è stato esteso a tutti i lavoratori privati, pubblici, degli enti pubblici economici e degli organi di rilievo costituzionale⁸⁴.

L'estensione del *green pass* a tutti i lavoratori sembra utile a superare gli interrogativi e le incertezze applicative inerenti ai doveri posti in capo al datore di lavoro nel garantire la sicurezza dei luoghi di lavoro che già hanno creato notevoli incertezze applicative (come osservato *supra* § 4.). Il datore di lavoro non può pretendere la vaccinazione contro il Covid-19, né può accedere alle informazioni relative allo stato vaccinale del lavoratore perché non

⁸² Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid-19*, cit., 217.

⁸³ L. DI MAIO, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., 312; M. AINIS, *Green pass, la strategia dell'induzione di Draghi ha funzionato*, cit., sottolinea che possono essere considerati diritti secondari quelli relativi all'uso del tempo libero.

⁸⁴ Invece gli organi costituzionali, ciascuno nell'ambito della propria autonomia, dettano regole assimilabili a quelle fissate per i lavoratori. Nel comparto giustizia, i magistrati sono sottoposti all'obbligo del *green pass*, mentre avvocati, periti, consulenti e testimoni non lo sono. Probabilmente la *ratio* di questa esclusione va rinvenuta nell'esigenza garantire il diritto alla difesa ed evitare rallentamenti ulteriori nello svolgimento dei processi.

esiste un obbligo vaccinale imposto dalla legge, ma il *green pass* salvaguarda la sicurezza dei luoghi di lavoro, contribuendo a limitare la circolazione del *virus*.

Certamente la “spinta” verso la vaccinazione si è inasprita, diventando sempre meno “gentile”. Mentre infatti le attività ricreative o culturali sono saltuarie, il lavoro è - di norma - un’attività svolta quotidianamente per cui il sottoporsi a *test* in modo continuativo rappresenta un oggettivo aggravio per il lavoratore. Tuttavia, per quanto appunto sia uno strumento sempre più incisivo, il *green pass* non sembra costituire una misura irragionevole che, come sostenuto, introdurrebbe in modo surrettizio l’obbligo vaccinale perché la misura lascia la possibilità di operare una scelta tra il sottoporsi al vaccino gratuito o al *test* molecolare, antigenico o rapido (ma non salivare)⁸⁵ che consente di accedere in (maggiore) sicurezza a servizi e luoghi di lavoro.

Sotto il profilo giuridico, il *green pass* non è di facile inquadramento in quanto, nel giro di pochi mesi, l’istituto ha subito una trasformazione significativa, diventando da requisito per accedere a determinati servizi a requisito per lavorare⁸⁶. Il possesso del *green pass* costituisce dunque una condizione e, di conseguenza, la sua mancata esibizione è sanzionata con il divieto di fruire di certi servizi, con la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, nonché - in caso di accesso in mancanza di certificazione - con la sanzione pecuniaria e le eventuali conseguenze disciplinari, secondo il rispettivo ordinamento di appartenenza (art. 1, co. 7 e 8 d.l. n. 127 del 2021).

Per quanto la misura sia stata estesa, anche con l’introduzione di effetti in concreto sanzionatori, la disciplina del *green pass* resta un onere perché prevede un’alternativa: la mancata vaccinazione può essere sostituita dalla sottoposizione a *test* anti Covid-19⁸⁷. In tal senso sovviene la già menzionata sent. n. 137 del 2019 in cui la Corte costituzionale ha confermato la legittimità della legge regionale che subordina l’accesso a determinati reparti da parte del personale medico-sanitario alla sottoposizione alle vaccinazioni raccomandate del Piano nazionale di prevenzione vaccinale, qualificando appunto la disposizione regionale come un onere. La disciplina regionale condiziona l’organizzazione sanitaria regionale e, soprattutto, condiziona l’esercizio del diritto al lavoro (anche con la comminazione della sanzione amministrativa pecuniaria per l’inadempiente), ma la Corte costituzionale ha escluso che tale disciplina introduca in via surrettizia un obbligo vaccinale in contrasto con la disciplina nazionale⁸⁸. In definitiva, il *possesso* del *green pass* costituisce un obbligo, sanzionato con il divieto di accesso a tutta una serie di luoghi (lavorativi e non), ma

⁸⁵ Tali indicazioni sono recepite dal Parlamento in sede di conversione del d.l. n.105 del 2021 in l. 16 settembre 2021, n. 126 (art.9, co.1).

⁸⁶ Secondo L. D’ANDREA, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., 310, questa evoluzione ha determinato la trasformazione dell’istituto che da onere per l’accesso a determinati servizi è diventato un obbligo. Sul punto, C. CARUSO, *Nota del prof. Corrado Caruso per l’Audizione informale presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica, in ordine al Disegno di legge di conversione del decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127, recante misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l’estensione dell’ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening*, Seduta del 7 ottobre 2021 (si può leggere sul sito internet del Senato), invece ritiene che il *green pass* introduca una forma di «obbligo alternativo», perché resta ferma l’alternativa tra vaccinarsi o sottoporsi al *test*.

⁸⁷ I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, cit., 2-3; A. MORELLI, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., 318; R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questionegiustizia.it*, 6 settembre 2021, p. 9 ss.

⁸⁸ In tal senso, in part., I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, cit., 3.

il *green pass* non introduce un obbligo vaccinale, lasciando l'alternativa tra vaccinazione e sottoposizione al *test*.

Peraltro, i provvedimenti che estendono prima al comparto scuola/università e poi a tutti i lavoratori il *green pass* sono stati accompagnati da misure tese ad evitare di creare discriminazioni. Innanzi tutto, le disposizioni sul *green pass* non possono essere applicate a coloro che in base ad idonea certificazione non possono sottoporsi al vaccino per motivi di salute (art. 1, co. 3 e art. 3, co. 3 del d.l. n.127 del 2021). Inoltre il Governo ha calmierato il costo dei *test* (art. 5, d.l. n. 105 del 2021) e, a seguito dell'imposizione del *green pass* a tutti i lavoratori, ha esteso tale contenimento dei costi al 31 dicembre 2021 (art. 4, d.l. n.127 del 2021). Un ulteriore elemento che infine facilita l'ottenimento del *green pass* è l'estensione di validità a tre giorni del *test* molecolare, disposta in sede di conversione del d.l. n. 111 del 2021 (art. 1, l. 24 settembre 2021, n. 133, che modifica l'art. 9 del d.l. n. 52 del 2021).

Sulla contestata estensione dell'obbligo del *green pass* al mondo del lavoro e, in particolare, al personale docente è intervenuto il Tar Roma che, in via cautelare, ha ritenuto ragionevole la disciplina che nel riconoscere l'alternativa tra vaccinazione o sottoposizione al *test* antigenico o rapido fa gravare il costo del tampone sul docente che voglia beneficiare di tale alternativa⁸⁹. Successivamente, ribadendo la correlazione tra dovere di solidarietà sociale e tutela collettiva del diritto alla salute, anche il Consiglio di Stato, sez. III con ord. dell'11 novembre 2021, n. 6098 ha confermato la proporzionalità della disciplina che impone l'esibizione del *green pass*, in luogo dell'imposizione dell'obbligo vaccinale⁹⁰.

La decisione del Governo di calmierare il costo dei *test*, evitando di gravare sui datori di lavoro ed in modo eccessivo sulla collettività, sembra pertanto un temperamento ragionevole di diversi interessi. La collettività sopporta il costo dei *test*, o meglio, lo condivide con ciascun cittadino che non intende vaccinarsi per evitare discriminazioni basate sul reddito, rendendo i *test* accessibili a prezzi contenuti⁹¹.

Complessivamente, le misure adottate superano - o, almeno, ridimensionano - le obiezioni sollevate dall'estensione del *green pass* che finirebbe per costituire un obbligo vaccinale mascherato, proprio per la difficoltà pratica di sottoporsi di frequente ai *test*⁹². Il *green pass* per

⁸⁹ Il Tar Lazio, sezione III bis, decreti nn. 4531 e 4532 del 2 settembre 2021. Su tali pronunce, M. ASARO, *La certificazione verde per il personale scolastico e universitario: spigolature di diritto amministrativo e di diritto del lavoro*, in *Giustamm.it*, 3 settembre 2021.

⁹⁰ Si veda anche, in via cautelare, dec. del Consiglio di Stato sez. III, 30 ottobre 2021, n. 5950. Sempre in tema di *green pass*, invece, la Corte Edu, nel caso Zambrano c. Francia, dec. 41994/21 ha dichiarato irricevibile il ricorso per il mancato esaurimento dei rimedi processuali nazionali. Il Giudice Edu ha anche affermato che il ricorrente non ha fornito informazioni che dimostrino come la disciplina nazionale sul *green pass* violi i suoi diritti e non ha provato che le leggi contestate abbiano inciso sul diritto individuale del ricorrente al rispetto della sua vita privata, così come non è stata provata l'incidenza delle norme sul *green pass* sui diritti convenzionali nel caso di persone vaccinate. Anche il Tribunale UE, caso T- 527/21, con l'ord. del 29 ottobre 2021, ha respinto la domanda di sospensione cautelare della disciplina europea sul *green pass* perché manca la prova di un danno grave ed irreparabile dei diritti degli appellanti. Inoltre il Tribunale UE osserva che la disciplina europea non è tesa a limitare, ma a favorire la circolazione durante la pandemia.

⁹¹ In particolare sui rischi derivanti dall'obbligo del *green pass* e discriminazioni basate sul reddito, R. CALVANO, *Greenpass e vaccini, non sacrifichiamo l'uguaglianza*, Il Manifesto, 6 agosto 2021.

⁹² L. D'ANDREA, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., 310; C. BERTOLINO, "Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza, cit., p.4; Osservatorio per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass*, cit., 22 ss.; L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare, ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo*

quanto stringente continua ad essere una misura ragionevole perché transitoria e in linea con la politica vaccinale italiana che prevede obblighi vaccinali per categorie (vaccinazioni in età pediatrica e per determinate attività lavorative) e circoscrive l'imposizione, favorendo invece il più possibile l'adesione spontanea ai trattamenti raccomandati.

Il *green pass* come misura promozionale non impone l'obbligo, ma punta, invece, sull'induzione, e sotto questo profilo ciò che è mancato e manca alla misura in oggetto è proprio un'adeguata campagna informativa mirata a guidare verso scelte consapevoli⁹³. A parte alcune iniziative realizzate nella fase iniziale, quando la campagna vaccinale era appena iniziata, è mancata un'attività pervasiva, realizzata a livello nazionale volta a favorire la comprensione delle finalità del *green pass* e l'adesione spontanea alla vaccinazione.

6. Considerazioni conclusive a partire dalle decisioni della Corte Edu e del Consiglio d'Europa sull'opportunità dell'obbligo vaccinale: convincere e non imporre.

Il *green pass* costituisce una soluzione tesa a raggiungere l'immunità di comunità (o comunque ad aumentare in modo consistente il numero dei vaccinati), oppure, potrebbe preludere all'estensione dell'obbligo vaccinale in considerazione dell'andamento dei contagi.

Dal punto di vista giuridico l'eventuale introduzione dell'obbligo generale non trova particolari ostacoli, tuttavia, una decisione del genere resta comunque una scelta residuale che, come osservato (*supra* §§ 2.-3.), richiede un attento bilanciamento tra costi/benefici e va valutata alla luce di acquisizioni medico scientifiche necessariamente provvisorie e in via di acquisizione.

Una decisione del genere, pur restando nell'esclusiva competenza di ciascuno Stato europeo, va anche ponderata alla luce delle indicazioni fornite dalle istituzioni europee. A tal proposito, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa nella risoluzione dell'11 gennaio 2021 (*Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations*) afferma che, in circostanze normali, il vaccino non dovrebbe essere obbligatorio per nessuno. Incidendo sulla libera autodeterminazione, l'autonomia sul proprio corpo, sul consenso informato, nonché sul rispetto della vita privata (art. 8, conv Edu e art. 2 e 5 Conv. Oviedo), la vaccinazione obbligatoria generalizzata per tutti i cittadini andrebbe evitata. Devono essere invece sicuramente favoriti il rispetto all'autodeterminazione e la scelta autonoma, consapevole ed informata di sottoporsi alla prevenzione vaccinale.

per incentivare la vaccinazione anti Covid-19 (cd. *green pass*), in *Forumcostituzionale.it*, n.3/2021, 491 ss.; A. MANGIA, *Obbligo vaccinale e green pass. "Moro contro Draghi, l'Europa sta con l'ex Dc"*, Intervista, *Costituzionalisti.it*, 8 agosto 2021.

⁹³ In tal senso Presidenza del Consiglio dei Ministri, Comitato Nazionale per la bioetica (CNB), *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, 27 novembre 2020, sottolinea come l'accettazione della vaccinazione da parte dei cittadini, deve essere fondata su un'informazione e comunicazione trasparente, chiara, comprensibile, consistente e coerente, basata su dati scientifici sempre aggiornati. In particolare il CNB sottolinea come una specifica attenzione dovrebbe essere rivolta proprio all'identificazione delle fonti di disinformazione e falsa informazione. Sull'importanza di adeguate campagne informative, in part., R. CALVANO, *Greenpass e vaccini, non sacrificiamo l'uguaglianza*, cit.

D'altronde nella situazione di emergenza da Covid-19 ci sono tutti i presupposti per imporre la vaccinazione potendo essere compresi sia il diritto alla vita privata e familiare, sia la libertà di pensiero e di coscienza (art. 8-9 Cedu) per proteggere la salute pubblica e individuale. Anche l'art. 26 della Convenzione di Oviedo prevede che i diritti possono essere oggetto di restrizioni necessarie a protezione della sicurezza pubblica, della salute pubblica, dei diritti e della libertà altrui. Per essere ammissibili, osserva il Consiglio d'Europa, le limitazioni dei diritti devono essere fissate esclusivamente dalla legge e devono essere *necessarie* nella società democratica per la tutela di interessi della collettività.

Di recente, tali concetti sono stati ripresi anche in sede giurisprudenziale dalla Corte Edu nella sent. 116/2021 dell'8 aprile 2021 in materia di vaccinazioni pediatriche obbligatorie. La Corte Edu ha avuto modo di ribadire che la vaccinazione imposta dalla disciplina statale costituisce un'interferenza da parte dei poteri pubblici sull'integrità fisica e incide sul rispetto della vita privata e familiare, ma tale compressione della libertà di autodeterminazione a norma dell'art. 8, co. 1 CEDU può essere necessaria in una società democratica⁹⁴ quando il legislatore nazionale persegue l'obiettivo di tutelare la salute e i diritti altrui, senza peraltro che motivi religiosi e di coscienza possano consentire di rifiutare il trattamento sanitario obbligatorio⁹⁵.

Riguardo all'obbligo vaccinale contro il Covid-19, la Corte Edu non si è ancora pronunciata nel merito, ma in via cautelare con decisione del 19 agosto 2021⁹⁶ ha respinto il ricorso di più di seicento appartenenti al corpo dei vigili del fuoco francese che chiedevano la sospensione dell'obbligo loro imposto dalla disciplina nazionale. Affermando che l'imposizione dell'obbligo non produce danni irreversibili, la Corte Edu ha respinto la richiesta di applicazione di misure *ad interim* perché ha ritenuto che non vi fosse alcun *fumus* di violazione delle norme convenzionali, ossia, degli artt. 2 e 8 della Cedu a tutela del diritto alla vita e del diritto alla vita privata e familiare.

Nel bilanciamento tra integrità fisica e tutela della salute in circostanze non emergenziali, la Corte Edu come, del resto, il Consiglio d'Europa e la stessa Corte costituzionale considerano

⁹⁴ Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, dec. 47621/13, par. 276. Nello stesso senso, Solomakhin c. Ucraina, dec. 24429/03; Hristozov e altri c. Bulgaria, dec. 47039/11 e 358/12. Sul punto, G. GOTTI, *La necessità in una società democratica degli obblighi vaccinali per i minori (nota a margine della sentenza della Corte EDU Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in Osservatorioaic.it, n. 4/2021; F. PASSANANITI, *Le vaccinazioni obbligatorie o raccomandate ed il diritto all'indennizzo*, cit., 12-14.

⁹⁵ Nessun Paese europeo ammette l'obiezione di coscienza nei confronti delle vaccinazioni obbligatorie, sul punto da ultimo Corte Edu, Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, cit., par. 330 ss. Riprendendo il precedente della Commissione europea dei diritti dell'uomo, Boffa e altri c. San Marino, dec. 26536/95, la Corte ha affermato che l'art. 9 della CEDU che tutela la libertà di pensiero e di coscienza non implica il diritto di comportarsi nella sfera pubblica sempre secondo le proprie convinzioni personali, sul punto, M. L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in Osservatorioaic.it, n. 3/2021. Occorre considerare che nel dibattito pubblico le motivazioni religiose o etiche non costituiscono la principale ragione delle contestazioni dei movimenti contrari agli obblighi vaccinali. Piuttosto prevalgono valutazioni pseudo scientifiche, rispetto alle quali il richiamo all'obiezione di coscienza assume una funzione strumentale a mettere in discussione la validità della pratica vaccinale. Anche la Corte costituzionale nell'ord. 134 del 1988 spesso chi si oppone alle vaccinazioni lo fa sulla base di convincimenti di «carattere metagiuridico», «contrapponendo ad una legge palesemente intesa alla tutela della salute un generico e soggettivo convincimento della sua inopportunità» (corte cost. ord. 134/1988), su questi aspetti, M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, in *Quad. cost.*, 2021, p.445 ss.; M. L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, in *StatoeChiese.it*, n.7/2020, 65; B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il Covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, in *Diritticomparati.it*, 15 aprile 2021; M. VALSECCHI, *Le vaccinazioni come catalizzatore di tensioni ideologiche*, cit., 69-70.

⁹⁶ Corte Edu, Abgrall e 671 altri c. Francia, dec. 41950/21.

quindi l'imposizione dell'obbligo vaccinale una soluzione estrema e, invece, guardano con favore a procedure flessibili che si adeguano alla concreta situazione di pericolo di diffusione della malattia e alle procedure tese ad evitare l'imposizione della sanzione.

Le Corti convergono nel considerare l'obbligatorietà come un'istanza residuale, anche perché l'imposizione dell'obbligo non sempre consente il raggiungimento dello scopo perseguito dal legislatore. L'obbligo importa una sanzione (prevista anche in caso di mancato adempimento all'obbligo vaccinale in età pediatrica) che, di norma, si concretizza nel pagamento di una sanzione amministrativa. Tuttavia non è affatto detto che la sanzione pecuniaria costituisca un deterrente e la sua concreta irrogazione non è certo funzionale a raggiungere lo scopo, ovvero, garantire la copertura vaccinale generalizzata. In tal senso nella citata risoluzione, il Consiglio d'Europa ritiene che - *in ogni caso* - rendere obbligatorie tali vaccinazioni non è raccomandabile per la semplice constatazione che l'imposizione obbligatoria può rivelarsi controproducente.

Valutando inoltre la questione sotto il profilo storico, il Consiglio d'Europa sottolinea come i vaccini obbligatori sono previsti da ordinamenti non democratici che attuano sistematicamente l'oppressione delle popolazioni. Gli Stati democratici devono invece sviluppare strategie per creare fiducia nella vaccinazione preventiva attraverso una comunicazione trasparente.

A tal proposito, proprio la disciplina italiana sulla vaccinoprofilassi obbligatoria in età pediatrica, aprendo spazi all'adeguamento delle misure non impone necessariamente un modello fondato in via esclusiva sull'obbligatorietà dei vaccini. In linea con la preferenza per soluzioni fondate sulla non-obbligatorietà dei vaccini, la disciplina sulle vaccinazioni in età pediatrica, apprezzata anche dalla Corte Edu nella pronuncia da ultimo citata, conferisce piuttosto spazio al rapporto con i cittadini basato sull'informazione, sul confronto e sulla persuasione⁹⁷. L'informazione, la raccomandazione, unite a procedure flessibili di adeguamento alle mutate esigenze sanitarie costituiscono un'alternativa alla coercizione e - sottolinea da ultimo la Corte Edu - appaiono più rispettose del principio dell'autodeterminazione e del diritto al rispetto dell'integrità fisica individuale⁹⁸.

In tale prospettiva senza imporre l'obbligo vaccinale, l'introduzione del *green pass* il cui mancato possesso non consente di svolgere tutta una serie di attività quotidiane, lavorative, ma anche ludiche e di rilievo "secondario", potrebbe risultare più efficace della sanzione che accompagna l'obbligo⁹⁹, evitando al contempo lo svolgimento di determinate attività da parte di chi possa nuocere alla salute altrui.

⁹⁷ La l.n. 119 del 2017 all'art. 1, co. 4 prevede infatti un procedimento volto in primo luogo a fornire ai genitori (o agli esercenti la potestà genitoriale) ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e a sollecitarne l'effettuazione. In caso di mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, il legislatore ha inserito un apposito colloquio tra le autorità sanitarie e i genitori, istituendo un momento di incontro personale, finalizzato alla comprensione reciproca, alla persuasione e all'adesione volontaria. Solo alla fine del procedimento e previa concessione di un adeguato termine, possono essere inflitte le sanzioni amministrative, peraltro molto miti. La legge del 2017 tuttavia non preclude l'accesso ai bambini non vaccinati alla scuola dell'obbligo, ma solo alla scuola dell'infanzia, contemperando l'interesse alla tutela della salute pubblica, il diritto fondamentale all'istruzione e l'esigenza di evitare la creazione di sacche di esclusione ed emarginazione sociale e culturale.

⁹⁸ Corte Edu, Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, dec. 47621/13, par. 239.

⁹⁹ In tal senso, L. D'ANDREA, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, cit., 310, considera il *green pass* un surrettizio obbligo vaccinale del quale si configura come un efficace meccanismo sanzionatorio.

Data la circolazione del *virus*, l'alternativa al *green pass* consiste nell'obbligo vaccinale che rischia però di incontrare resistenze ancor più forti. Sotto questo aspetto il *green pass* sembra un compromesso; una soluzione non ottimale e transitoria ma, probabilmente, meno dirompente e, forse, più inclusiva rispetto all'imposizione di un generalizzato obbligo vaccinale. In definitiva, lasciando un'alternativa per quanto gravosa a chi non intende sottoporsi al trattamento vaccinale, il *green pass* consente di continuare a svolgere determinate attività, altrimenti precluse.

In termini generali se l'andamento dell'epidemia lo renderà necessario, sembra opportuno continuare a ragionare di obblighi vaccinali per categorie, in linea con la politica vaccinale nazionale e come avviene attualmente per la profilassi in età pediatrica, individuando quei gruppi di individui che sono in condizione di particolare rischio, oltre ai medici e al personale socio-sanitario, a cominciare, ad esempio, da tutti coloro che svolgono lavori di comunità o a costante contatto con utenti/clienti.

Nello stato di democrazia pluralista, dove l'unità politica dipende in larga parte dalla capacità di mantenere un certo grado di solidarietà¹⁰⁰, la politica deve tendere il più possibile a bilanciare integrità personale, libertà di autodeterminazione e rispetto dei convincimenti personali, evitando di creare effetti divisivi e frammentazione sociale. Sotto questo profilo, il Governo Draghi ha mostrato i suoi limiti tenendo in scarsa considerazione l'esigenza di persuadere con una strategia mirata, con una campagna informativa nazionale tesa a convincere e superare le resistenze di coloro che per disinformazione, cattiva informazione e "semplice" paura non si sottopongono a vaccinazione contro il Covid-19.

Proprio nel momento di massima tensione tra diritto all'autodeterminazione e tutela dell'interesse collettivo, l'ordinamento democratico dovrebbe creare *affidamento*, tentando di ridurre vulnerabilità e marginalità sociale. L'ordinamento fondato sui principi di solidarietà e tolleranza ha il dovere di puntare sul convincimento e la scelta consapevole che costituiscono quel *collante* indispensabile alla comunità democratica fondata sulla fiducia.

¹⁰⁰ Sulla solidarietà come elemento imprescindibile per il mantenimento dell'unità politica, almeno: A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, cit., 14 e ss.; I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Napoli, Jovene, 2011, 6 ss.; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 4; A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, 2008, 196 ss.; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, cit., p. 92; A. MORELLI, *Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea*, in *Forumcostituzionale.it*, 2018.

ABSTRACT

Dopo decenni in cui la riflessione giuridica in materia di salute è stata in prevalenza attratta dall'esigenza di delimitare ed ampliare il profilo soggettivo del diritto alla salute, l'emergenza pandemica sposta l'attenzione sulla dimensione collettiva della salute, come condizione per l'esercizio di altri diritti e realizzazione dell'uguaglianza tra gli individui. Il presente lavoro inquadra le più recenti misure di contrasto alla pandemia di Covid-19 nell'ambito dei principi costituzionali ed individua le condizioni che rendono costituzionalmente legittimo l'obbligo vaccinale in particolare per le categorie di lavoratori particolarmente esposte al contagio e al rischio di diffusione del contagio. La disponibilità di diversi vaccini, la loro dimostrata efficacia e l'esistenza di sempre maggiori conoscenze scientifiche sull'evoluzione del Covid-19 consentono di mettere in atto strategie di ripresa della vita economica e sociale "vigilata", puntando sull'obbligo vaccinale per determinate categorie di lavoratori, sull'intensificazione della campagna vaccinale e l'estensione dell'uso del certificato verde vaccinale (c.d. *green pass*).

After decades of legal reflection focused on the delimitation and expansion of the subjective profile of the right to health, the pandemic emergency shifts attention to the collective dimension of health, as condition for the exercise of other rights and the realization of equality between individuals. This essay addresses the most recent measures to combat the Covid-19's pandemic in the context of constitutional principles, identifying the conditions that make the vaccination mandate constitutionally legitimate. The analysis reveals the problem of protecting the health of workers and the uncertainties that arise in the absence of a unitary discipline that imposes the vaccination obligation, in particular for those jobs exposed to a greater risk of contagion. The essay also addresses the critical issues arising from the progressive expansion of the use of the vaccination green pass and finally speculates on the political expediency to extend the vaccination obligation.

PAROLE CHIAVE

Obbligo vaccinale; solidarietà; protezione della salute; green pass; politiche promozionali.

KEY WORDS

Mandatory vaccination; solidarity; safety protection; vaccination certificate; promotional policies.