**REPORT VACCINI**

***Abstract***

*Health emergency, also in the field of vaccines, did resurface the classical problem on balancing values and re-attributed centrality to the principle of proportionality, put to the test by the techniques of decisions, forced to deal with an undefined and evolving framework, a re-definition of the precautionary principle and a re-development of the concept of social solidarity.*

*The contribution makes a provisional survey of the state of play, examining various issues about vaccines, with regard to the relevant decisions of the Supreme Courts (Constitutional Court and CEDU), but also to the recent regulatory changes and their perspectives from the point of view of the problems arising from pandemic.*

**Sommario**

I. Generalità. – II. Vaccinazione obbligatoria e diritti costituzionali. – III. Vaccinazione obbligatoria e diritti fondamentali. – IV. Precauzione e vaccinazione. – V. L’individuazione del livello regolatorio di determinazione dell’obbligo vaccinale. – VI. Effetti giuridici dell’assolvimento dell’obbligo vaccinale. – VII. Reazioni avverse al vaccino. – VIII. I vaccini anti-covid obbligatori. – IX. Diritto al vaccino e priorità nella somministrazione. – X. Vaccini e trasparenza. – XI. Conclusioni (provvisorie).

1. **Generalità**

La “questione vaccini”, frequentemente impostata con riferimento alle condizioni di compatibilità dell’eventuale obbligo vaccinale con i diritti individuali, variamente identificati, ma certo di possibile enucleazione anche con riferimento ad altri ambiti (gestione del rapporto di lavoro dei sanitari, responsabilità per danni connessi alle vaccinazioni, inter alia), ha trovato nuovi e più articolati sviluppi per effetto della pandemia da COVID-19 che, allo stato, ha richiesto, forse per la prima volta contemporaneamente in tutto il mondo, la vaccinazione “di massa”, nel tentativo di ostacolare la diffusione incontrollata del virus e pur nella consapevolezza della probabile necessità di rivedere, nel breve-lungo periodo, la complessiva politica sanitaria all’esito di eventuali sviluppi della scienza medica.[[1]](#footnote-1)

Al riguardo, l’attuale regolamentazione del vaccino anti-covid su base prevalentemente volontaria non sembra elidere, di per sé, tutti i profili problematici indotti dalla sua somministrazione[[2]](#footnote-2), se solo si osservi che, secondo l’insegnamento della Corte Costituzionale[[3]](#footnote-3), in materia di trattamenti medici e in determinati ambiti, la mera “raccomandazione” è sostanzialmente equipollente all’”obbligo” e che, per altro verso, alla mancata vaccinazione sembra dover conseguire la ultrattività, in certi ambiti, delle misure restrittive[[4]](#footnote-4).

A dispetto della “facoltatività” del vaccino anti-covid, di fatto e in linea generale, solo la somministrazione generalizzata, o comunque maggioritaria, potrebbe determinare l’uscita dall’emergenza pandemica assicurando l’immunità di gregge (a condizione, ovviamente, della verifica della durata dell’immunità conseguita e dell’efficacia dei vaccini somministrati) e, sul piano individuale, solo la dimostrazione dell’avvenuta somministrazione sembrerebbe poter assicurare la piena riespansione delle situazioni soggettive garantite, ordinariamente, ai singoli.

Si tratta, peraltro, di materia, quella della vaccinazione anti-covid, in corso tuttora di progressivi aggiustamenti[[5]](#footnote-5), non potendosi escludere, allo stato, una diversa configurazione dell’istituto (per così dire, a “facoltatività raccomandata”), piuttosto vicino all’obbligo che alla mera scelta individuale.

Del resto, la matrice di tale “raccomandazione”, da rinvenirsi nell’emergenza pandemica, ben giustifica anche la tendenziale modifica degli ordinari criteri utilizzati per valutare sia la compatibilità del trattamento con i diritti individuali sia la stessa adeguatezza dello stesso, tanto da far immaginare un differente punto di equilibrio tra i valori da bilanciare.

Ne discende, intanto e innanzitutto, l’esigenza di rilettura del quadro, di matrice giurisprudenziale e dottrinale, riferito all’obbligo vaccinale e, più in generale, agli interventi statuali sulla complessiva politica vaccinale, con doverosa considerazione dell’acquis proveniente dalla giurisprudenza costituzionale ed euro-unitaria.

1. **Vaccinazione obbligatoria e diritti costituzionali**

Di vaccinazione obbligatoria, in Italia, si è per lo più discusso in tema di vaccinazione dei minori in età scolare, sottoposti all’obbligo per la profilassi di gravi malattie (quali la poliomielite, la difterite, e, più recentemente, il morbillo e la pertosse, tra le altre).

Essendo del tutto evidente l’ingerenza sulle libertà individuali, trattandosi di obbligo, per di più riferito all’integrità fisica, la ratio dell’obbligo vaccinale (per i bambini di età prescolare), imposto dallo Stato e (solo indirettamente) coercibile, è ampiamente ricostruita nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa[[6]](#footnote-6) e fondata sul generale dovere di solidarietà sociale, con passaggi significativi sul tema della natura ancipite del diritto alla salute, evincibile dall’art. 32 della Costituzione, come diritto individuale e come interesse collettivo, che ampio spazio troverà nella successiva elaborazione, nel senso che

“soltanto la più ampia vaccinazione dei bambini costituisca misura idonea e proporzionata a garantire la salute di altri bambini e (…) **solo la vaccinazione permette di proteggere, proprio grazie al raggiungimento dell’obiettivo dell’”immunità di gregge”, la salute delle fasce più deboli, ossia di coloro che, per particolari ragioni di ordine sanitario, non possano vaccinarsi**. Porre ostacoli di qualunque genere alla vaccinazione (la cui “appropriatezza” sia riconosciuta dalla più accreditata scienza medico-legale e dalle autorità pubbliche, legislative o amministrative, a ciò deputate) può risolversi in un pregiudizio per il singolo individuo non vaccinato, ma soprattutto vulnera immediatamente l’interesse collettivo, giacché rischia di ledere, talora irreparabilmente, la salute di altri soggetti deboli”[[7]](#footnote-7).

Il richiamo al concetto di solidarietà sociale è direttamente tratto dal richiamato articolo 32 della Costituzione, che definisce la salute come “fondamentale diritto dell’individuo”, ma anche come “interesse della collettività, anticipando il rilievo, foriero di approfondimenti successivi, della ontologica dimensione solidaristica del diritto alla salute.

La definizione ancipite, se non addirittura tripartita, della salute, come possibile contenuto di diverse situazioni soggettive (diritto dell’individuo alla propria salute, che si proietta anche nella pretesa a che venga assicurata la salute degli altri onde mantenere la propria, e ancora interesse della collettività nel suo insieme, come prerequisito imposto dall’art. 2), complica, già di per sé, **il tema del possibile conflitto tra diritto individuale e interesse collettivo nell’ambito delle vaccinazioni obbligatorie**, pur esso approfondito autorevolmente dalla Corte costituzionale[[8]](#footnote-8), che ha poi dovuto bilanciare il “diritto alla salute”, nelle sue varie articolazioni, con altri diritti fondamentali, quali, tra l’altro, il diritto all’autodeterminazione, e con quelli compresi nell’ampio catalogo dei diritti dei minori, che hanno trovato riconoscimento anche su base internazionale[[9]](#footnote-9).

Si è infatti affermato[[10]](#footnote-10) che l’art. 32 della Costituzione postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti ad accettati) con il coesistente e reciproco diritto alla salute di ciascun individuo e con la salute della collettività, che a quello si contrappongono ove si contesti l’obbligo vaccinale, nonché, nel caso dei minori, con l’interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai compiti inerenti alla sua cura[[11]](#footnote-11).

Si è allora concluso che la legge impositiva di un trattamento sanitario, quale il vaccino, non è incompatibile con l’art. 32 cost.:

 a) se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché **è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell’uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale** [[12]](#footnote-12) (rilevanza esterna del trattamento sanitario obbligatorio);

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

c) se, nell’ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio, ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica, sia prevista comunque la corresponsione di una “equa indennità” in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria, la quale continua a trovare applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele, o condotte secondo le modalità, che lo stato delle conoscenze scientifiche e l’arte prescrivono in relazione alla sua natura, sulla base dei titoli soggettivi di imputazione e con gli effetti risarcitori pieni previsti dall’art. 2043 c.c. (giusta compensazione in caso di eventi dannosi).

In definitiva, il diritto alla salute, come costituzionalmente conformato, non implica affatto il diritto, assoluto e incondizionato, di “non curarsi” (o, come nel caso, di non sottoporsi a trattamenti sanitari obbligatori, anche in relazione a terapie preventive, quali sono i vaccini), giacché è naturalmente limitato dal concorrente diritto degli altri alla salute che non potrebbe essere pienamente o adeguatamente garantito se non per mezzo del contestato trattamento sanitario obbligatorio.

Tanto sulla base dell’evidente ragione che, soprattutto nelle patologie ad alta diffusività - e, dovrebbe dirsi, tanto più ove “pandemiche” -, la decisione individuale di non curarsi o di non prevenire, ove possibile, l’insorgenza della malattia, è suscettibile di danneggiare la salute di molti essere umani e, in particolare, dei più fragili.

Allora, **la salute, bene giuridico, non è solo oggetto di un diritto, ovvero non è oggetto di “un solo diritto” (variamente declinabile come diritto alla cura e diritto di non curarsi e comunque ad esprimere un consenso informato alla cura), ma è oggetto di diritti di altri, oltre che interesse della collettività**; la sua tutela **implica anche il “dovere dell’individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza di un principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell’eguale protezione del coesistente diritto degli altri”, il tutto nel rispetto del limite della normale tollerabilità** (limite la cui individuazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale) delle conseguenze per chi sia soggetto a “determinati” trattamenti sanitari imposti per legge e sulla base di un rapporto di proporzionalità con le esigenze di tutela della salute altrui.

Dunque, la copertura vaccinale può non essere oggetto dell’interesse di un singolo individuo (che potrebbe decidere di non avvalersene come singolo), ma sicuramente è d’interesse primario della collettività e la sua obbligatorietà, in quanto funzionale all’attuazione del fondamentale dovere di solidarietà rispetto alla tutela dell’altrui integrità fisica, può dunque essere imposta ai cittadini dalla legge, con **azioni proporzionate e, fermo il generale limite del rispetto della persona umana (che non tollererebbe, ad esempio, forme di coazione fisica al trattamento obbligatorio), modalità di coazione indiretta variamente configurate**; resta pure acclarato il dovere dello Stato (anch’esso fondato sul dovere di solidarietà) di indennizzare adeguatamente i pochi soggetti che dovessero essere danneggiati dalla somministrazione del vaccino e di risarcire i medesimi soggetti qualora il pregiudizio a costoro cagionato dipendesse da colpa dell’amministrazione.

Di rilievo, in disparte la questione classica del rapporto tra diritto individuale e collettivo alla salute, è **l’analisi delle condizioni cui resta sottoposto l’eventuale obbligo vaccinale imposto ai singoli** e il riferimento, comunemente operato (e del resto vincolante, ove si esclude la coazione fisica) a “**forme di coazione indiretta**” finalizzate a garantire l’adempimento dell’obbligo.

Che, mutatis mutandis, potrebbero tradursi, a contrario, in **forme di incentivazione nella sottoposizione al trattamento ove lo stesso non fosse obbligatorio.**

La successiva sentenza n. 5/2018 della Corte costituzionale riprende i medesimi argomenti e, in un caso che prendeva le mosse proprio dalla previsione di “misure indirette di coercizione” rispetto all’obbligo vaccinale[[13]](#footnote-13), ribadisce che occorre “bilanciare” il diritto individuale alla salute (ivi compresa l’autodeterminazione circa la sottoposizione al trattamento) e i coesistenti e reciproci diritti degli altri (alla propria salute, che non deve essere messa a rischio dalla condotta altrui), e ancora gli interessi della collettività, coincidenti con la salute dei consociati nel loro complesso o del maggior numero di essi, anche al fine di non aggravare gli obblighi prestazionali in materia sanitaria, e infine gli interessi dei minori anche nei confronti dei genitori che non assolvano l’obbligo di far somministrare la vaccinazione ai loro figli.

L’esteso repertorio delle situazioni soggettive coinvolte viene dunque riportato, dalla Corte, ad un assetto di reciproco e progressivo adattamento, per il quale resta prioritaria la considerazione della rilevanza esterna del trattamento individuale obbligatorio, giustificato solo dalla matrice latu sensu solidaristica cui deve ancorarsi la tutela dell’altrui salute; per converso, deve escludersi che il trattamento obbligatorio possa essere imposto ove siano prevedibili conseguenze dannose per l’interessato, con il limite negativo della “normale tollerabilità”; occorre infine prevedere l’indennizzabilità, a carico della collettività, del danno eventualmente cagionato, giacché, in definitiva, imposto in vista di un vantaggio per la collettività[[14]](#footnote-14).

Alla base della scelta del decisore politico, che resta ampiamente discrezionale nella individuazione dei mezzi attraverso i quali garantire la tutela della salute, la Corte non manca di segnalare la doverosa presenza di puntuali accertamenti fattuali circa le condizioni epidemiologiche, fatte oggetto della costante evoluzione degli studi scientifici, che deve costituire guida nelle scelte da operare.

Non è revocabile in dubbio, infatti, che intanto si può discutere di obbligo vaccinale, nei sensi sopra chiariti, in quanto sia certo o altamente probabile, sulla base delle risultanze scientifiche, che il trattamento sia effettivamente idoneo a scongiurare i rischi paventati per la salute individuale e collettiva, restando tuttavia, come evidente, impregiudicata dall’analisi scientifica sia l’individuazione della soglia di utile che si persegue che del rischio accettabile, che spetta ancora al decisore politico fissare.

A tali conclusioni la Corte costituzionale è pervenuta, come sopra detto, sulla base di quanto evincibile dalla Carta costituzionale con riferimento alla necessaria “conformazione bilanciata” dei diritti individuali rispetto alle concorrenti situazioni soggettive pure costituzionalmente tutelate.

Parte di tale “bilanciamento” è anche la valutazione circa la configurabilità di eventuali misure alternative, meno afflittive, a raggiungere il risultato; in definitiva, se sia proprio necessario, sulla base delle risultanze scientifiche, della efficacia ed effettività delle dette misure alternative e della “soglia” di immunità individuata come minima, imporre un “obbligo” vaccinale o se sia sufficiente una mera “raccomandazione” non vincolante.

Al riguardo, la Corte costituzionale italiana ha rimarcato che è necessaria un’indagine sullo strumento più adatto per ottenere l’obiettivo perseguito tenuto conto delle sensibilità del momento e del livello di adesione alla campagna vaccinale da parte dei destinatari; sicché l’imposizione di un obbligo resterà giustificata ove, accertata la necessità della copertura vaccinale, il risultato non possa essere raggiunto lasciando la somministrazione alla libera scelta dei destinatari.

1. **Vaccinazione obbligatoria e diritti fondamentali**

La recente sentenza della Corte EDU in materia (nel discusso caso “Vavricka e altri c/ Repubblica Ceca”[[15]](#footnote-15)) singolarmente sopravviene in coincidenza temporale con il dibattito in corso sulle vaccinazioni anti-Covid e allarga il ragionamento su scala sovranazionale, introducendo l’ulteriore parametro dalle situazioni soggettive tutelate dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e, in particolare, dell’art. 8 (diritto al rispetto della vita privata[[16]](#footnote-16)) e dell’art. 9 (diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione[[17]](#footnote-17)).

Occorre al riguardo premettere che le conclusioni della Corte sono solo in parte sovrapponibili con quelle delle Corti nazionali, nell’ottica della “multi-level protection” che consente un approccio diversificato in base all’aspetto specificamente preso in considerazione ai fini di tutela.

Nei casi sottoposti alla Corte, non siamo in presenza di un “diritto” riconosciuto dalla legge di cui occorre stabilire i limiti costituzionalmente conformati, ma piuttosto, in una visione rovesciata, di misure restrittive concretamente imposte di cui occorre valutare la compatibilità, sulla base di quanto espresso dalla Convenzione, a fronte di diritti (umani) che si pretendono non comprimibili[[18]](#footnote-18).

L’ampio e impegnativo ragionamento svolto dalla Corte[[19]](#footnote-19) muove dunque dalla indiscussa definizione dell’obbligo vaccinale come ingerenza nella vita privata, e tanto, si badi, anche ove non si faccia questione di coazione fisica ma solo, come nei casi trattati (peraltro simili alle fattispecie esaminate dalla Corte costituzionale italiana), di obblighi indirettamente imposti.

La Corte è però obbligata ad esaminare la misura imposta alla luce della griglia scolpita nell’art. 8[[20]](#footnote-20) e cioè valutarne la legittimità formale (se imposta dalla legge e in vista di un legittimo scopo), la sua necessità in uno Stato democratico, tenuto conto del margine di apprezzamento (nella scelta delle diverse misure apprestabili) riservato alla Stato, del bisogno sociale della misura in concreto posta, delle ragioni a sostegno della stessa e, infine, della sua proporzionalità rispetto allo scopo previsto.

Con riguardo a tale ultimo e fondamentale aspetto, la Corte EDU - nel premettere che le misure (indirette) contestate riguardavano, in definitiva, una sanzione pecuniaria di non elevato importo ovvero la solo temporanea inibizione dei minori alla frequenza della pre-scuola (imputabile, in sostanza, alla scelta dei loro genitori); che le stesse avevano natura “protettiva” e non già “punitiva”; che, a fronte del rischio remoto di eventi avversi, la generalità ben avrebbe potuto adeguarsi alla misura in nome della solidarietà sociale a vantaggio dei soggetti più fragili che comunque non potessero accedere per motivi medici alla vaccinazione – ha concluso infine per la piena compatibilità dell’obbligo vaccinale rispetto alla situazione tutelata dall’art. 8.

Meno impegnativa è la soluzione offerta rispetto alla pure contestata violazione dell’art. 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione), che la Corte risolve sostanzialmente in fatto, argomentando che nessuno dei ricorrenti aveva addotto motivazioni serie e convincenti contro l’obbligo vaccinale che fossero riconducibili all’area applicativa dell’art. 9.

Pur indubbiamente costituendo un punto fermo nella giurisprudenza in materia, la sentenza non sembra aver risolto tuttavia tutti i dubbi che la materia solleva, peraltro interni allo stesso collegio giudicante, come efficacemente esposto nelle opinioni dissenzienti.

Queste ultime muovono una serrata critica su vari fronti, in particolare sul contestato mancato approfondimento dei fatti a base del giudizio e, ancor prima, e in radice, sul metodo utilizzato, che avrebbe condotto la Corte ad accettare senza adeguato vaglio, le argomentazioni fornite dallo Stato contraente[[21]](#footnote-21), avendo peraltro attribuito a questo un largo margine di apprezzamento nella scelta delle misure prima ancora di esaminare nel dettaglio i necessari dati rilevanti.

Vero è che l’opinione dissenziente espressa muove una critica non riferita solo al giudizio in questione, ma più in generale rivolta al “metodo” di giudizio della Corte e alle scelte operate sull’utilizzo dei poteri istruttori di questa, che è, evidentemente, problematica piuttosto “di sistema”, trattandosi, in sostanza, di decidere se la Corte debba limitare il materiale probatorio a quanto dalle parti allegato e provato oppure, nell’ottica del raggiungimento della verità sostanziale, ad estendere lo stesso ad ogni possibile ulteriore apporto acquisitivo, anche autonomo, ricercato dalla stessa Corte.

Ad esempio, nella specifica materia dei vaccini, secondo il dissenziente, sarebbe stato necessario, al di là di quanto sul punto allegato o provato dalle parti, conoscere nel dettaglio ulteriori dati, quali modalità e velocità di trasmissione di ogni malattia per la quale venga somministrato il vaccino, rischi per le persone infette, costo medio del trattamento individuale in caso di malattia, efficacia dei vaccini disponibili, costo medio di una vaccinazione, rischio di effetti collaterali, costo medio dei trattamenti in caso di reazioni avverse, percentuale minima di vaccinati per scongiurare la diffusione del contagio e calcolo previsionali di ottenimento di tale risultato.

Del resto, la stessa Corte costituzionale italiana[[22]](#footnote-22), sia pure con riferimento alla necessità di valutare le possibili conseguenze negative della vaccinazione sulla salute individuale, sottolineava l’esigenza di istruttoria alla base delle scelte compiute (e da compiersi) e ammoniva che, proprio al fine di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individuasse con la maggiore precisione possibile le complicanze potenzialmente derivabili dalla vaccinazione e determinasse se e quali strumenti diagnostici, idonei a prevederne la concreta verificabilità, siano utilizzabili su un piano di effettiva fattibilità.

Trasponendo le medesime coordinate all’obbligo di vaccinazione, occorrerebbe dunque disporre, secondo la tesi del giudice dissenziente, di tutti i dati necessari a stabilire con esattezza “costi e benefici” del trattamento, con la precisazione che sia i costi che i benefici andrebbero riferiti a tutti gli aspetti della questione (incidenza del trattamento o del non-trattamento sul singolo, sugli altri consociati, sulla collettività nel suo complesso, in un arco temporale dato e tenuto conto degli sviluppi attesi).

Orbene, se si ponesse la questione analoga per i vaccini anti-covid, è evidente che, allo stato, non potrebbe disporsi se non di dati incompleti, e non definitivi, a tacer d’altro, quantomeno sull’esatta efficacia del/i vaccino/i[[23]](#footnote-23), sugli effetti nel tempo dell’immunizzazione indotta, sugli effetti collaterali del trattamento vaccinale.

Tuttavia, proprio l’ampio catalogo di “dati” rilevanti individuati dal giudice induce più di una perplessità, intanto essendo evidente che molti di essi possono essere acquisiti solo su base statistica previsionale partendo tuttavia da una base sostanziale di soggetti già vaccinati (o non vaccinati), come per le modalità e velocità di trasmissione; gli studi statistici su detta base ben potrebbero certo indurre a rivedere una decisione assunta di politica sanitaria (o a valutarla ex post) ma non sarebbero (e comunque non sarebbero stati) disponibili allorché la decisione fosse presa per la prima volta[[24]](#footnote-24).

Ma, ancora più radicalmente, ove mai fosse possibile disporre di tutti i dati richiesti, mancherebbero comunque i criteri ponderali per attribuire maggiore o minore rilievo all’uno o all’altro dato e la scelta sarebbe probabilmente arbitraria, anche tenuto conto della loro disomogeneità.

Sarebbe giustificata la scelta di non obbligare ai vaccini se i costi per i trattamenti avversi fossero elevati, e quanto? Oppure quanto efficaci devono essere i vaccini per poterne essere giustificata l’obbligatorietà? Quale copertura “percentuale” minima sarebbe accettabile per validare l’obbligatorietà del vaccino? Oppure ancora, ove si individuasse una “percentuale” minima di immunizzati per conseguire il risultato, con quali criteri dovrebbero essere individuati i soggetti da sottoporre a trattamento vaccinale obbligatorio?[[25]](#footnote-25)

Si potrebbe, evidentemente, continuare.

D’altronde, la decisione non può che essere assunta sulla base delle conoscenze del tempo e, tenuto conto della sussistenza di obblighi positivi in capo agli Stati, o comunque alle Amministrazioni, a tutela delle situazioni garantite (e tale è, per quanto già detto, il diritto alla salute), da assolvere, in ragione della rilevanza dei valori in gioco, in tempi rapidi, non sembra del tutto ragionevole pretendere la previa acquisizione dei dati (almeno di tutti i dati richiesti dal giudice dissenziente) per validare una decisione assunta al tempo in cui la stessa fosse presa.

Per contro, misure restrittive o impositive di obblighi assunte sul fondamento del principio di precauzione esteso al suo massimo grado di applicazione potrebbero essere, in astratto, ingiustificate se riguardate alla luce del principio di proporzionalità, proprio in ragione dell’assenza (o, piuttosto, della carente previa acquisizione) degli elementi conoscitivi a supporto.

I “dati” e la loro acquisizione in sede giurisdizionale sono allora funzionali a verificare la “tendenziale” completezza dell’istruttoria posta a base della scelta del decisore, al tempo della scelta, ma è del tutto evidente che quella scelta non può che essere poi valutata sul piano della mera ragionevolezza sulla base dei soli dati disponibili (acquisiti e/o acquisibili) al momento della scelta e non di tutti i possibili dati eventualmente acquisiti o acquisibili ex post.

Nondimeno, come sopra detto, la scelta “assiologica” resta saldamente nelle mani del decisore politico, cui in prima battuta spetta anche il bilanciamento tra gli interessi.

La questione sembra anche più spinosa se dovesse applicarsi ai vaccini anti-covid, ove il principio di precauzione[[26]](#footnote-26), normalmente tenuto in considerazione in materia di salute, sembra giocare un ruolo differente a causa della naturale non definitività delle cognizioni scientifiche a disposizione e della complessiva incertezza operativa indotta dalla, invero inedita, pandemia.[[27]](#footnote-27)

In disparte le molte questioni che pone, come detto, sul piano metodologico, il valore aggiunto della sentenza “Vavricka” sta tuttavia nella chiara enunciazione del valore della “solidarietà sociale” come contrapponibile anche al diritto fondamentale individuale, percepita come novativa della giurisprudenza della Corte dal giudice dissenziente e probabilmente da leggersi anch’essa come affermazione indotta dalla contingenza.

La pandemia ha invero indotto a riflettere sulla necessaria riscrittura del repertorio dei diritti, nel senso che gli stessi diritti fondamentali, declinati come “diritti individuali”, devono con-formarsi e divenire flessibili ed elastici al cospetto di altri diritti collettivi, sociali e di prestazione connessi ad obblighi positivi degli Stati.

Con più chiaro impegno esplicativo, all’obbligo positivo degli Stati sono ora connesse posizioni di diritti individuali idonee a comprimere i diritti fondamentali riconducibili agli altri consociati “uti singuli”[[28]](#footnote-28).

Anzi, la prospettiva sembra addirittura invertita: il beneficio di pochi può sacrificare tutti perché (anche solo) i pochi hanno diritto di essere protetti.

La solidarietà sociale diventa un limite “naturale” al diritto individuale e “dequota” l’essenza “fondamentale” del diritto, comprimendola tra il largo margine di apprezzamento riservato allo Stato e l’obbligo dello Stato di individuare misure adeguate a tutelare i diritti dei più deboli.

La questione, peraltro, risultava già chiara alla Corte costituzionale italiana, che ha potuto far leva sul disposto dell’art. 32 della Costituzione e che, con la sentenza n. 5/2018 (largamente riportata, peraltro, nella richiamata sentenza CEDU), già aveva ben evidenziato la coesistenza (risultante dalla Carta costituzionale), se non addirittura la connaturalità, di un diritto individuale alla salute, tuttavia inclusivo del diritto all’autodeterminazione di rifiutare il trattamento, con i reciproci diritti (individuali) di altri soggetti (rispetto alla stessa situazione soggettiva di diritto alla salute che lo Stato ha l’obbligo positivo di garantire), gli interessi della collettività (rispetto alla salute pubblica), gli interessi dei minori (diritti dei minori) richiedenti protezione anche nei confronti dei genitori che non assolvono al dovere di cura.

Il trattamento sanitario obbligatorio è dunque ora giustificato (anche) secondo la Corte EDU se rileva esternamente in funzione di tutela della salute degli altri.

Tutti gli altri profili, pur segnalati dall’opinione dissenziente, restano per ora sfumati, forse “schiacciati” dal peso della solidarietà che tanto maggiore significato ha assunto in costanza di pandemia, e forse non ancora compiutamente esaminati.

1. **Precauzione e vaccinazione**

La richiamata sentenza EDU, in linea con numerose pronunce dei giudici nazionali, induce ad approfondire la questione della completezza istruttoria ai fini della decisione, sia essa amministrativa che giurisdizionale, che si traduce nella ritenuta necessità di disporre di dati rilevanti, senza i quali le decisioni e il sindacato sulle stesse si appalesano indubbiamente carenti, non essendo neppure esattamente individuato l’oggetto preciso del contendere (il “quid” della decisione, si potrebbe dire).

La raccolta dei dati e, prima ancora, la individuazione dei dati rilevanti sono tuttavia propri degli organi tecnici cui, in materia sanitaria, sono sostanzialmente affidate le scelte di merito.

A fronte dei pareri degli organi tecnici, che ravvisassero la possibile insorgenza di rischi in talune attività, difficilmente le Amministrazioni deciderebbero di procedere, e, quanto alle misure restrittive, gli organi tecnici non sono tenuti (e non sono competenti) a svolgere alcuna indagine assiologica, affrontando le questioni dal loro punto di vista e suggerendo le misure più idonee a scongiurare il rischio specifico che si chiedesse di evitare.

Ai tecnici si è dunque affidato il compito, che spetterebbe al decisore politico, di individuare l’an e il quomodo delle eventuali misure a tutela della salute.[[29]](#footnote-29)

Ove poi neppure i tecnici disponessero dei dati necessari (a fronte di un pericolo non conosciuto e di conseguenze non tutte positivamente accertate), è del tutto evidente che le scelte che, nondimeno, dovessero essere assunte non potrebbero che connotarsi di margini ulteriori di intrinseca provvisorietà, se non aleatorietà, il che non può che rilevare anche in punto di sindacato giurisdizionale sulle stesse.[[30]](#footnote-30)

Questo è, almeno, quanto sembra aver considerato il giudice amministrativo italiano che, a fronte di dati contraddittori circa l’efficacia delle misure e gli effetti negativi delle stesse, ha comunque dato prevalenza alla “maggior precauzione” in favore del più alto numero di soggetti[[31]](#footnote-31).

Il **principio di precauzione**, applicato all’obbligo vaccinale, in particolare, dovrebbe operare nella sua massima estensione proprio nei casi in cui l’osservazione scientifica ha rilevato o ipotizzato, sulla base di analogie con altre leggi scientifiche, una successione costante di accadimenti in via di fatto e ne ha formulato una descrizione solo provvisoria, ma non si dispone di prove per confermare l’ipotesi e per escluderla.[[32]](#footnote-32)

Il rischio, evidente, è che il “bilanciamento” (e quindi la scelta, che dovrebbe avvenire ad opera del decisore politico) venga invece operato di fatto dal giudice, che non può disporre (se non eventualmente e, per forza di cose, solo ex post) dell’apparato tecnico e delle informazioni di cui invece dispongono gli amministratori.[[33]](#footnote-33)

1. **L’individuazione del livello regolatorio di determinazione dell’obbligo vaccinale**

Premesso che l’obbligo vaccinale deve farsi rientrare tra i trattamenti sanitari riservati alla legge, ci si chiede se tale (obbligo “per disposizione di legge”) sia la regolamentazione operante anche per altri sistemi giuridici.

La sentenza Vavricka della Corte EDU [[34]](#footnote-34) affronta tale argomento allorché stabilisce, ai fini del rispetto dell’art. 8 della Convenzione, che è sufficiente che l’obbligo discenda “sostanzialmente” dalla legge, ossia da un atto scritto non limitato alla normativa primaria, purché sufficientemente conoscibile e prevedibile nei suoi effetti.[[35]](#footnote-35)

In Italia, resta invece ferma la **individuazione a livello di normazione primaria, posta la previsione contenuta nell’art. 32 della Costituzione**; problematica sarebbe quindi una competenza legislativa delle Regioni in materia, considerato che l’art. 117 individua la “tutela della salute” tra le competenze legislative concorrenti delle Regioni, ma alloca i livelli essenziali delle prestazioni, e comunque i principi fondamentali della materia “tutela della salute”, in capo allo Stato.

Certa è invece l’impossibilità di stabilire l’obbligo vaccinale con mero atto amministrativo[[36]](#footnote-36).

A sostegno di tale impostazione resta, come statuito dalla Corte costituzionale, la salda esigenza di regolare su un piano di uniformità le regole di profilassi sanitaria e dunque di garantire “**misure omogenee su tutto il territorio nazionale**”, così come **allo Stato deve essere rimessa la scelta tra obbligo o raccomandazione ai fini della somministrazione del vaccino, che costituisce il punto di equilibrio, in termini di bilanciamento, tra valori parimenti tutelati dalla Costituzione, tra autodeterminazione del singolo e tutela della salute**; alle regioni restano invece riservati, in tema di vaccinazioni obbligatorie, l’organizzazione dei servizi sanitari e l’identificazione degli organi deputati al controllo ed alle conseguenti sanzioni.

**L’eventuale modificazione della soglia stabilita dal legislatore statale per tradurre in obbligo una raccomandazione al trattamento vaccinale costituirebbe invece un’alterazione e dunque una violazione dell’equilibrio (e del bilanciamento) operato dalla legge statale, e sarebbe quindi non derogabile dalle Regioni, né in senso restrittivo né in senso meno restrittivo, in disparte la possibile incidenza, discriminatoria, su altre posizioni tutelate[[37]](#footnote-37)**.

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021[[38]](#footnote-38) (pur non attinente alla questione “vaccini”) ha peraltro ulteriormente ribadito che, a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, ragioni logiche, prima che giuridiche, radicano nell’ordinamento costituzionale l’esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l’uguaglianza delle persone nell’esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l’interesse della collettività, sicché, quando il contagio si sia diffuso sul territorio nazionale, e mostri di potersi diffondere con tali caratteristiche anche oltre di esso, le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate.

Resa sul caso di misure meno restrittive rispetto alle corrispondenti misure statali, resta l’interrogativo se analoga conclusione potrebbe trarsi, invece, a fronte di misure “più” restrittive, anche se il riferimento al valore dell’”uguaglianza” nell’esercizio del diritto alla salute, ma anche alla giustificazione di sistema delle misure adottate sul piano della loro idoneità e proporzionalità, dovrebbe deporre in tal senso.

Questione in parte diversa è quella recentemente posta dell’obbligo vaccinale previsto dal D.L. 44/2021 a carico degli operatori sanitari[[39]](#footnote-39); il D.L. è atto sostanzialmente legislativo e immediatamente efficace, ma necessita della conversione da parte del Parlamento, il che ingenera dei dubbi quanto alla ragionevolezza di una misura che imponesse un obbligo eventualmente non più esistente per effetto della mancata conversione a carico dei soli soggetti che, nelle more della conversione, vi fossero stati sottoposti; in un caso recente, la Corte costituzionale ha tuttavia ammesso la possibilità di disporre l’obbligo vaccinale con decreto legge [[40]](#footnote-40), purché nella ricorrenza dei presupposti di necessità e urgenza previsti dalle pertinenti norme.

Tali presupposti di necessità e urgenza vanno ovviamente declinati secondo i nuovi paradigmi imposti dalla crisi pandemica.[[41]](#footnote-41)

1. **Effetti giuridici dell’assolvimento dell’obbligo vaccinale**

Una volta imposto o suggerito il trattamento vaccinale, ne vanno indagati gli effetti.

Quali sono i vantaggi o gli svantaggi derivanti ai singoli dalla sottoposizione o meno al trattamento vaccinale?

Il dibattito - non necessariamente posto sul piano giuridico - ha già incrociato la questione del c.d. “passaporto vaccinale”, che abiliterebbe coloro i quali fossero stati sottoposti al trattamento vaccinale ad esercitare attività, o godere di libertà (accesso a locali pubblici, ma anche utilizzo di mezzi di trasporto internazionale), precluse a chi non fosse ancora stato sottoposto a tale trattamento.

La questione sembra sia stata posta a livello regionale fin dalla prima fase della pandemia (il governatore della Sardegna, la scorsa estate, ipotizzava una sorta di “passaporto anti-covid” in capo ai soggetti che volessero trascorre le vacanze in Sardegna).

Orbene, al netto delle questioni relative al livello di regolamentazione di siffatti effetti giuridici (difficilmente allocabili in capo alle Regioni e piuttosto riservati anch’essi allo Stato, ad esempio in sede di gestione dell’ingresso nel territorio nazionale, o addirittura alle competenti autorità UE, essendo il diritto di circolazione, quantomeno all’interno dell’area Schengen, diritto dei cittadini dell’Unione), sembrano rilevare quantomeno i seguenti problemi:

come possa l’esercizio di un diritto (non sottoporsi a vaccinazione qualificata facoltativa) inibire attività garantite in quanto rientranti tra le libertà fondamentali (di circolazione, inter alia, ma, volendo approfondire, di accesso all’istruzione, alle cure, et similia);

come possa comunque inibirsi l’esercizio di libertà fondamentali a fronte della conclamata impossibilità di sottoporsi a trattamento vaccinale (problema che rileva per i soggetti immunodepressi ovvero per tutti i soggetti per i quali è sconsigliata la vaccinazione).[[42]](#footnote-42)

Al riguardo, l’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa [[43]](#footnote-43) ha già considerato l’esigenza che il vaccino resti facoltativo e che non possa subire alcuna conseguenza discriminatoria chi abbia volontariamente rifiutato il vaccino.

E tuttavia, la mancata vaccinazione, per non tradire il senso stesso della politica vaccinale, e dunque per garantire la tutela collettiva, non potrebbe che essere “surrogata” da una, tendenzialmente equivalente, certificazione sanitaria, che garantisca, per il limitato scopo per il quale è richiesta (accesso ai luoghi, trasporto aereo e simili), l’assenza della malattia[[44]](#footnote-44), escludendo così la possibilità di contagio.

La ricerca di “surrogati”, evincibile nella regolamentazione, tuttora in corso, del “passaporto europeo”, come anche dei corrispondenti nazionali[[45]](#footnote-45), costituisce il livello avanzato di “bilanciamento” tra l’autodeterminazione individuale (il diritto di non vaccinarsi) e il diritto collettivo alla salute (che passa per l’accertamento della “salute” del singolo che entri in contatto con altri), di cui occorre ancora indagare la tenuta in termini di adeguatezza e proporzionalità, considerando anche, tra le altre variabili, lo stato attuale della complessiva campagna vaccinale.

In ogni caso, al netto della questione sull’obbligatorietà del vaccino, che determinerebbe una funzione “certificativa” dell’eventuale passaporto vaccinale, questo potrebbe invece riguardarsi come misura di incentivazione al vaccino ove questo rimanesse facoltativo ma consentisse attività diversamente limitate o precluse ai non vaccinati.

Tale ragionamento non potrebbe tuttavia valere per l’esercizio dei diritti fondamentali, anche considerando che la mancata vaccinazione potrebbe non essere imputabile al singolo (nelle more della somministrazione nel rispetto delle tempistiche individuate o comunque a causa di controindicazioni mediche).

Nel contesto esaminato, l’art. 9 del D.L. 22 aprile 2021, n. 52 (“Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell’epidemia da COVID-19) introduce le “Certificazioni verdi COVID-19” allo scopo di comprovare “lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o guarigione dall’infezione da SRS-CoV-2 ovvero l’effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus SARS-CoV-2.

Il rilascio di tale certificazione passa per la piattaforma nazionale “digital green certificate” (Piattaforma nazionale – DGC), interoperabile a livello nazionale ed europeo [[46]](#footnote-46), e ha lo scopo di attestare, in via alternativa, l’avvenuta vaccinazione anti-SARS-CoV-2 al termine del prescritto ciclo, l’avvenuta guarigione da COVID-19 con contestuale cessazione dell’isolamento prescritto in esito ad infezione da SARS-CoV-2, disposta in ottemperanza ai criteri stabiliti dalle apposite circolari del Ministero della salute, ovvero l’effettuazione di test antigenico rapido o molecolare con esito negativo al virus SARS-CoV-2.

In coerenza con l’attuale incertezza circa l’efficacia temporale del trattamento vaccinale, si prevede che la certificazione “verde” abbia durata semestrale a far data dal completamento del ciclo vaccinale ovvero dall’avvenuta guarigione e di quarantotto ore dall’esecuzione del test.

Si tratta di normativa transitoria applicabile fino alla data di entrata in vigore degli atti delegati per l’attuazione delle disposizioni di cui al regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per il rilascio, la verifica e l’accettazione di certificazioni interoperabili relative alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la livera circolazione all’interno dell’Unione europea durante la pandemia di COVID-19[[47]](#footnote-47).

Lo stesso D.L. già prevede taluni possibili effetti connessi al possesso della “certificazione verde”.

In particolare: l’art. 2 (“Misure relative agli spostamenti”) consente ai soggetti muniti delle certificazioni verdi COVID-19 gli spostamenti in entrata e in uscita dai territori collocati in zona arancione o rossa, senza necessità di comprovare eventuali esigenze lavorative, situazioni di necessità, motivi di salute o di rientro ai propri residenza, domicilio o abitazione; l’art. 7 (”Fiere, convegno e congressi”) demanda ad apposite linee guida la possibilità di riservare l’accesso alle fiere, in zona gialla, per particolari eventi, ai soli soggetto in possesso delle certificazioni verdi COVID-19.

Da quanto è dato comprendere, la totale riapertura di tutte le attività e la fruizione delle stesse sarà, in qualche misura, condizionata al possesso della certificazione verde, che è prevista anche, nella sua forma interoperativa, per la libera circolazione all’interno del territorio UE.

Connessa alla precedente è la questione relativa alla **gestione dell’eventuale passaporto vaccinale (ovvero certificazione verde) ai fini della privacy.**

Più puntualmente, si pone la questione della **gestione dei dati sensibili** relativi all’assolvimento dell’obbligo vaccinale, ovvero del possesso delle alternative condizioni previste nella certificazione verde (che sono dati certamente protetti dalla normativa sulla privacy, rafforzata a livello eurounitario) rispetto alla fruizione di servizi o all’espletamento di attività cui la vaccinazione è (o fosse) preordinata[[48]](#footnote-48).

Naturalmente, ove fosse generalizzato l’uso del “passaporto” per l’accesso a luoghi o per la fruizioni di servizi, occorrerebbe quantomeno implementare la normativa quanto agli obblighi del responsabile del trattamento dei dati in ragione della natura sensibile di quelli in questione.

1. **Reazioni avverse al vaccino**

Si è già accennato (con riferimento a quanto statuito in materia di vaccinazione obbligatoria dalla Corte costituzionale) alla possibilità di indennizzare (e di risarcire) i soggetti che abbiano contratto malattie in conseguenza del trattamento vaccinale.

L’imposizione di un obbligo vaccinale comporta, infatti, l’assunzione del rischio relativo ad eventuali danni derivati dalla somministrazione in capo all’Autorità che abbia imposto l’obbligo.

La legge italiana[[49]](#footnote-49) prevede un riconoscimento economico in favore di “chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica”.

Tale riconoscimento (indennizzo) è previsto anche per chi si sia sottoposto a vaccinazioni non obbligatorie, ma necessarie per motivi di lavoro o per incarichi d’ufficio o per poter accedere ad uno stato estero, oppure rientri nella categoria dei soggetti a rischio operanti in strutture sanitarie ospedaliere e, in quanto tale, si sia sottoposto a vaccinazioni, anche non obbligatorie.

A tale conclusione è pervenuta la Corte costituzionale che, con sentenza n. 118 del 23 giugno 2020, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge italiana che non prevedeva l’indennizzo per un soggetto danneggiato in conseguenza della somministrazione di un vaccino non obbligatorio ma solo “raccomandato”[[50]](#footnote-50), spiegando che, benché la tecnica della raccomandazione esprima maggiore attenzione all’autodeterminazione individuale (o, nel caso di minori, alla responsabilità dei genitori) e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale dalla salute, tutelato dal primo comma dell’art. 32 Cost., essa è pur sempre indirizzata allo “scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo”; e dunque che il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva, attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale, esclude che vi sia “differenza qualitativa” tra obbligo e raccomandazione, essendo l’obbligatorietà del trattamento vaccinale solo uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione.

Il diritto all’indennizzo del singolo è fondato quindi non già sulla natura obbligatoria del trattamento, ma piuttosto sul “**necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l’integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell’interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale”[[51]](#footnote-51).**

L’indennizzo si configura, quindi, come una misura di solidarietà sociale con funzione assistenziale, forfettizzato in base al tipo e alla gravità della patologia insorta a seguito della vaccinazione e comprensivo di tutti gli aspetti economicamente valutabili dei danni all’integrità psicofisica.

I soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, ma non le altre categorie di beneficiari, possono poi ottenere, in aggiunta all’indennizzo ordinario, un assegno una tantum, con una maggiorazione pari a 30% dell’importo dell’indennizzo dovuto per il periodo compreso tra il manifestarsi della malattia e la liquidazione dell’indennizzo stesso.

Quid iuris, quindi, in caso di vaccino non obbligatorio?

Stante la sostanziale equiparazione tra trattamento solo raccomandato e trattamento obbligatorio nell’area medica, non dovrebbero esservi differenze quanto alla generale risarcibilità delle conseguenze avverse del vaccino a carico della collettività, ove si riesca a dimostrare (e evidentemente non è affatto semplice) la sussistenza di tutti gli elementi propri dell’illecito aquiliano (danno, nesso causale, dolo o colpa).

La vaccinazione obbligatoria è invece maggiormente garantita dalla espressa previsione di un indennizzo che è riconosciuto a prescindere dalla ricorrenza dell’illecito ed anzi, in qualche maniera, presuppone la legittimità dell’obbligo così come imposto, pur facendo salva la possibilità di far valere il maggior danno ai sensi dell’art. 2043 C.C.

Allo stato, la Corte costituzionale ha però riconosciuto l’equiparabilità della vaccinazione non obbligatoria a quella obbligatoria, ai fini della possibile indennizzabilità forfettaria, solo, come sopra detto, per la vaccinazione anti-epatite, anche se ha aperto un sicuro varco nella direzione della generale indennizzabilità di tutte le vaccinazioni, anche solo “raccomandate”, tenuto conto delle chiare argomentazioni sviluppate a sostegno della conclusione assunta.

Le vaccinazioni anti-covid, in effetti, non sembrano diverse dall’ipotesi specificamente presa in considerazione dalla Corte costituzionale, stante la generale “raccomandazione”, peraltro “rafforzata”, alla loro somministrazione.

1. **I vaccini anticovid obbligatori**

L’obiettiva incertezza su tante delle questioni involte all’utilizzo dei vaccini anti-covid ha, come già sopra evidenziato, determinato, allo stato, la scelta del decisore politico di non introdurre in generale l’obbligo vaccinale.

Il legislatore italiano ha invece, con il recente D.L. 44/2021[[52]](#footnote-52), espressamente imposto l’obbligo vaccinale per gli operatori del settore sanitario (esercenti le professioni sanitarie e operatori di interesse sanitario[[53]](#footnote-53)), per i quali già erano sorti problemi applicativi sulla base del risalente T.U. 81/2008[[54]](#footnote-54) (in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro), alla stregua del quale, secondo la giurisprudenza del giudice del lavoro, detti operatori già sarebbero stati onerati della sottoposizione al vaccino per poter continuare ad espletare il servizio nel rispetto dell’art. 2087 C.C.[[55]](#footnote-55).

Va segnalato, al riguardo, che l’art. 279 del TUS già fa obbligo al datore di lavoro di mettere “a disposizione vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all’agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente” e che, d’altra parte, la direttiva della Commissione europea del 3 giugno 2020, n. 2020/739, recepita in Italia con l’art. 4 del D.L. n. 125/2020, convertito dalla legge n. 159/2002, ha espressamente incluso il SARS-CoV-2 tra gli agenti biologici da cui è obbligatoria la protezione anche nell’ambiente lavorativo.

Si è dunque osservato, al riguardo, che la disposizione recentemente introdotta è fortemente segnata dal principio di prevenzione da porre alla base dei comportamenti doverosi imposti al datore di lavoro, per quanto neppure in passato si fosse dubitato della rilevanza del rifiuto del vaccino - ben vero ove ritenuto necessario - da parte dell’operatore sanitario sul piano degli effetti sul rapporto, abilitando il datore di lavoro a reagire in via disciplinare ovvero, più prudentemente, solo a contestare l’inidoneità in concreto al servizio del lavoratore non vaccinato.[[56]](#footnote-56)

Il ragionamento svolto dai giudici del lavoro si è svolto tutto negli stretti ambiti della tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro e, per certi versi, è stato obbligato dalla consolidata applicazione delle disposizioni in materia; la giurisprudenza gius-lavoristica ha, invero, nell’ottica del tendenziale favor riservato al soggetto “debole” del rapporto, individuato nel lavoratore, sempre favorito la rigida applicazione dei regolamenti e protocolli a carico del datore di lavoro (cui compete un obbligo di protezione consistente nell’assicurare la salute dai lavoratori anche apprestando le misure necessarie a garantire la complessiva salubrità dei luoghi in cui gli stessi esercitano l’attività), cui, per una strana ma non infrequente etorogenesi dei fini, ha però corrisposto l’imposizione di doveri a carico dei lavoratori (su cui, in definitiva, ricade l’obbligo vaccinale).

Del resto, la stessa giurisprudenza del giudice del lavoro[[57]](#footnote-57) ha spesso interpretato secondo il principio di necessaria collaborazione le contrapposte posizioni soggettive e non è dunque in caso che, proprio dalle pronunce da quel giudice rese, provenga una impostazione “solidaristica” dei reciproci diritti e obblighi rinvenibili in materia[[58]](#footnote-58).

Su tali basi, la Corte costituzionale, con sentenza n. 137 del 2019, aveva pure riconosciuto la possibilità per le Regioni (si trattava, in quel caso, della Regione Puglia) di organizzare l’accesso ai reparti degli istituti di cura individuati con delibera di giunta regionale, stabilendo allo scopo l’onere della vaccinazione, ma sul presupposto di un già vigente obbligo vaccinale per gli operatori, di matrice statuale (evidentemente riferito a vaccinazioni diverse da quella anti-covid).

La nuova disciplina emergenziale impone, come detto, direttamente, anche l’obbligo vaccinale anti-covid per i soggetti indicati, indirettamente coercibile attraverso la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o che comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-Cov-2.

Si verte, nella specie, di obbligo cogente, che, per le finalità cui attende, sembra rispondente ai criteri individuati dalla Corte costituzionale per validare l’obbligo vaccinale, non sembrando possibile garantire analogo risultato (totale sicurezza degli altri lavoratori e dei pazienti, per definizione fragili) mediante la sola vaccinazione volontaria e la libera scelta degli operatori, giacché anche un solo operatore non vaccinato potrebbe diffondere il contagio e il risultato potrebbe essere conseguito, dunque, solo attraverso la vaccinazione di tutti.

Potrebbe osservarsi, al riguardo, che l’obbligo praticamente impatta in maniera assai diversificata tra i vari operatori di settore interessati, che, in base alla concreta organizzazione datoriale (più o meno strutturata), potrebbero subire le conseguenze del mancato assolvimento in misura più o meno grave (dalla mera adibizione ad altro incarico, al demansionamento, al licenziamento), oltre a pregiudicare i diritti propri del lavoratore, di natura costituzionale non solo primaria ma anche “fondativa”, essenziale e intangibile e dunque in alcun modo comprimibile.

L’impostazione pan-lavorista, in disparte la possibile dequotazione dei rilievi così svolti a questioni di fatto non valutabili dal giudice delle leggi, sconta tuttavia l’obiezione che il trattamento è obbligato anche a tutela dello stesso lavoratore sottoposto al trattamento, nonché degli altri lavoratori, onde potrebbe ragionevolmente ritenersi che il diritto del lavoratore (che deve essere garantito nell’ambiente di lavoro) non potrebbe comunque essere riguardato nella sua individualità e assolutezza ma andrebbe in ogni caso bilanciato con diritti di pari rango primario, quali sono i diritti degli altri lavoratori; inoltre, i diritti dei lavoratori, pure garantiti in via costituzionale, dovrebbero, in prospettiva sistemica, comunque confrontarsi con i diritti fondamentali dei soggetti con cui vengono necessariamente a contatto (i pazienti, in primis), che i lavoratori “uti singuli” non potrebbero giammai mettere in pericolo o tantomeno ledere.

Resta il problema della vaccinazione dei lavoratori in ambiti diversi da quelli espressamente individuati dal legislatore.[[59]](#footnote-59)

Ove invero fosse effettivamente individuabile un obbligo datoriale di garantire la sicurezza dei lavoratori, oltre che degli utenti esterni dell’eventuale servizio offerto al pubblico (di natura essenziale e generale), che è il presupposto dell’introduzione dell’obbligo vaccinale di settore, sarebbe difficile argomentare sulla sufficienza della mera facoltatività del vaccino anche in altri ambiti, per cui, in verità, meno impellente si è finora manifestata l’esigenza di intervenire stante la diffusione delle modalità di smart-working e la chiusura temporanea di molte attività e soprattutto degli istituti scolastici.

Si pensi, ad esempio, agli uffici aperti al pubblico, ma anche agli ambiti estesi di lavoro svolto necessariamente in forma collettiva (comparto industria, logistica e simili).

La progressiva riapertura renderebbe invece ineludibile il problema.

Resta pure scoperto l’aspetto, evidenziato dalle reiterate pronunce della Corte costituzionale, che non potrebbe imporsi un trattamento ingenerante potenziali effetti pregiudizievoli sull’interessato, peraltro in assenza di adeguata previsione indennitaria e di sicura efficacia dello stesso.

Il riferimento torna alle critiche fondate, da un lato, sulla contestata efficacia dei vaccini anti-covid, in misura solo percentuale e peraltro, a quanto sembra, temporanea, e dall’altro sulla ancora scarsamente indagata possibilità di effetti avversi, in ragione delle insolite modalità acceleratorie delle sperimentazioni sui nuovi vaccini, che renderebbero “incerto” il trattamento sanitario imposto.[[60]](#footnote-60)

Se si trattasse di trattamento “sperimentale”, questo il ragionamento, non sarebbe coercibile, sulla base anche della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Tanto più ove non fosse dimostrato l’effetto utile dell’immunità “di gregge”, o almeno “di massa”, che andrebbe, “de die in diem”, perseguita o mantenuta con la continua e reiterata vaccinazione di tutti[[61]](#footnote-61).

1. **Diritto al vaccino e priorità nella somministrazione**

La oggettiva scarsità delle dosi disponibili ha, nel caso dei vaccini anti-covid, determinato l’insorgenza di questioni in parte diverse da quelle originate in occasione degli altri trattamenti vaccinali.

La prima, in ordine logico, è probabilmente connessa alla qualificazione del trattamento vaccinale come “diritto”[[62]](#footnote-62).

Se di diritto si tratta[[63]](#footnote-63), lo stesso è certamente condizionato alla disponibilità delle dosi e alla strutturazione degli apparati sanitari deputati alla somministrazione; non può dunque essere un diritto immediatamente e incondizionatamente esercitabile.

L’esercizio del diritto, poi, è naturalmente “graduato”, ossia possibile nel rispetto della graduazione, temporale e categoriale, prevista dalle pertinenti disposizioni, prevalentemente regolamentari.

E’ dunque di rilevante importanza l’individuazione dei soggetti prioritariamente destinatari della somministrazione.

Anche in questo caso, l’analisi dei dati, preliminare alla scelta del decisore politico, ha individuato una sicura priorità per i soggetti naturalmente più “fragili”, statisticamente identificati in quelli di età più avanzata perché maggiormente interessati da forme gravi di malattia e da eventi mortali.

A questi sono stati aggiunti progressivamente i “comunque fragili”, cioè i soggetti vulnerabili non già in ragione dell’età ma perché affetti da altre patologie (più o meno) gravi che eventualmente richiedessero cure incompatibili con l’eventuale ulteriore infezione.

La scelta, dapprima operata sul criterio “soggettivo” di maggiore vulnerabilità, ha poi dovuto misurarsi con la valutazione di altre esigenze, quali quella di garantire condizioni di lavoro sicure per gli operatori comunque esposti o maggiormente esposti al contagio, identificando, a tale scopo, categorie quali gli operatori sanitari, le forze dell’ordine e simili, indipendentemente dall’età, allargate poi, non sempre ragionevolmente, a discrezione delle Regioni, almeno in una prima fase, a categorie diverse per le quali fosse stato individuato un diverso criterio di priorità (ad esempio, in via generalizzata, i docenti, o gli operatori scolastici, pur a fronte di diffuse modalità di didattica a distanza, specie in ambito universitario).

Trattandosi di accesso a prestazioni sanitarie, che, in forza del combinato disposto degli art. 3 e 32 della Costituzione, dovrebbe avvenire in condizioni di uguaglianza tra i cittadini, l’aver rimesso alle Regioni, nel quadro della ampia discrezionalità lasciata in materia, la definizione delle categorie aventi diritto in priorità, ha indubbiamente determinato disparità e creato, peraltro, le disfunzioni organizzative per l’effetto insorte, ben evidenziate dall’informazione giornalistica.

Inoltre, la disomogeneità degli “output” su base regionale, dipendente dalla diversa composizione della platea di intervento, ha impedito anche una efficiente verifica dei risultati, con evidente ulteriore incidenza sulle stesse scelte di politica sanitaria.

La recente ordinanza n. 6 del 9 aprile 2021 del Commissario straordinario per l’emergenza Covid (organo istituito con il d.l. n. 18/2020 presso la Presidenza del Consiglio) ha infine stabilito criteri di priorità nell’ordine vaccinale anzitutto in base all’età anagrafica, ma ha poi affermato che “parallelamente alle suddette categorie è completata la vaccinazione di tutto il personale sanitario e sociosanitario, in prima linea nella diagnosi, nel trattamento e nella cura del COVID-10 e di tutti coloro che operano in presenza presso strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private”.

La combinazione dei diversi criteri ha certo finora determinato, per un verso, e pur tenendo conto delle difficoltà oggettive di approvvigionamento delle dosi, il rallentamento della campagna vaccinale “per età”, in generale, e, per altro, evidenti disparità di “accesso al vaccino”, tuttora riscontrabili, con modalità e tempi diversi da Regione a Regione.

La tempistica di accesso al vaccino è questione, del resto, affrontata non solo in Italia.

L’individuazione di categorie generali, in via d’urgenza e sulla base dei dati statistici raccolti, mal si presta, invero, alla personalizzazione delle cure necessaria in ambito sanitario, né può, per altro verso, pretendersi, da una normativa per forza di cose “in progress”, la previsione di tutti i possibili casi o eccezioni.

Tale situazione ha dunque ingenerato un cospicuo contenzioso nel quale sono state fatte valere condizioni personali che, palesando situazioni di particolare fragilità, non espressamente previste nelle individuate “categorie prioritarie”, hanno determinato una sorta di ulteriore “priorità” per via giurisdizionale, giustificata dalla ritenuta ricorrenza della lesione, altrimenti cagionata, di diritti costituzionalmente o convenzionalmente garantiti.[[64]](#footnote-64)

Altro profilo di non scarsa rilevanza e di recente insorto è quello relativo alla “scelta” del vaccino somministrando.

I target vaccinali imposti dalla regolamentazione generale hanno finora escluso che il singolo potesse “scegliere” quale vaccino farsi somministrare, pur in presenza, come già osservato, di vaccini diversi per struttura, modalità di immunizzazione indotta ed efficacia; tale peculiare regolamentazione ha tuttavia, nella sostanza, “imposto” a ciascuno un determinato tipo di vaccino e indotto taluni a rifiutarlo proprio in ragione della mancata possibilità di scelta.

Tale discrasia è stata, da talune Regioni, corretta in fase applicativa, pur, è a dire, in mancanza di specifiche disposizioni al riguardo, consentendo, fin dal momento della prenotazione per l’accesso al trattamento, di conoscere il tipo di vaccino che sarebbe stato somministrato.

Non può allo stato dirsi se la problematica segnalata determinerà contenziosi al riguardo ovvero se, una volta entrato a regime l’approvvigionamento delle dosi, anche le preferenze individuali, a fronte di un vaccino tuttora “facoltativo”, potranno trovare adeguata soddisfazione.

1. **Vaccini e trasparenza**

L’adesione al trattamento sanitario presuppone il consenso informato del destinatario del trattamento.

L’Italia ha ratificato, con la legge n. 145/20021, la Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti dell’uomo e la biomedicina, che, all’art. 5, prevede che “un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato (…). La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso”.

L’Assemblea del Parlamento europeo, in data 27 gennaio 2021, con una specifica Risoluzione, ha rimarcato la necessità che il cittadino sia correttamente informato su tutte le questioni inerenti alla vaccinazione anti-covid 19, ivi compreso il contenuto dei contratti stipulati con i produttori.

Orbene, può dirsi realmente “informato” un soggetto che non abbia a disposizione, o non sia messo in grado di comprendere, la natura e gli effetti e tutte le implicazioni del trattamento sanitario che gli venga imposto, o cui comunque venga sottoposto, in ragione dell’autorevole avviso delle competenti autorità sanitarie?

La questione sembra avere risvolti soprattutto sul piano delle possibili conseguenze in caso di eventi avversi, rispetto ai quali non potrebbe probabilmente opporsi il “consenso dell’avente diritto”, inevitabilmente viziato dal vizio originario del consenso non informato.

E, sotto diverso profilo, meriterebbero più attenta indagine l’adeguatezza e la proporzionalità di un vaccino, “obbligatorio” o, comunque, fortemente “raccomandato”, di cui non siano allo stato certe tutte le implicazioni.

Ritorna, anche sotto il profilo in esame, centrale la questione della natura “sperimentale” del vaccino anti-covid, desunta dalla non convincente completezza dei dati a disposizione.

1. **Conclusioni (provvisorie)**

L’emergenza sanitaria ha, per un verso, anche con riferimento ai vaccini, fatto riemergere la problematica classica sul bilanciamento tra valori e riattribuito centralità al principio di proporzionalità, messo a dura prova dalle tecniche di decisione, politica e giurisdizionale, costrette a confrontarsi con un quadro istruttorio non sempre compiutamente definito, con una parallela ridefinizione del principio di precauzione e con una riqualificazione del concetto di solidarietà sociale, tutto da costruire nella sua effettiva portata giuridica in relazione alle situazioni soggettive individuali tutelate ai diversi livelli.

Per altro verso, ha consentito di individuare problematiche inedite o diversamente sviluppate nella stessa materia dei vaccini, di cui sono già evidenti i possibili sviluppi giurisprudenziali, non sempre compiutamente evincibili dalla pregressa trattazione.

**Maria Abbruzzese**

Consigliere di TAR

pubblicato il 10 maggio 2021

1. Il riferimento è alla notoria diffusione di talune “varianti” di cui è già stata evidenziata la resistenza ai vaccini attualmente oggetto di somministrazione. [↑](#footnote-ref-1)
2. Inter alia, la questione del regime applicabile ai danni alla salute cagionati dal vaccino e alla connessa responsabilità dei sanitari. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentenze nn. 5/2018 e 118/2020, su cui vede il successivo par. VII. [↑](#footnote-ref-3)
4. In termini di libertà di circolazione, ad esempio, rispetto alla quale rilevano le questioni, di nuova impostazione, relative al c.d. “passaporto vaccinale” o similari. [↑](#footnote-ref-4)
5. Si pensi solo alle quotidiane modifiche dei target vaccinali (per sesso e per età), che inducono, allo stato, più di un dubbio sulla effettività della politica sanitaria prescelta ma che, per altro verso, e in ragione delle evidenti incertezze scientifiche al riguardo, non consentono la chiara imposizione di un obbligo vaccinale generalizzato. [↑](#footnote-ref-5)
6. Significativa, sul punto, la decisione della Commissione Speciale del Consiglio di Stato n. 2065 del 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. Cons. di Stato, parere n. 3065/2017 cit. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Corte cost., sentenze del 22 giugno 1990, n. 207, del 23 giugno 1994, n. 258 e del 18 aprile 1996, n. 118. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. L. 27 maggio 1991, n. 176 (“Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989”) e, in particolare, il suo articolo 24. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. Corte cost., sentenza n. 258 del 23 giugno 1994. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. Corte cost., sentenza n. 132 del 1992 [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. ancora sentenza n. 132/1992 cit. [↑](#footnote-ref-12)
13. Le misure “indirette” erano, nello specifico, l’imposizione di una sanzione pecuniaria e l’onere di munirsi di un certificato di vaccinazione per i minori che avessero chiesto l’iscrizione scolastica. [↑](#footnote-ref-13)
14. In forza del principio chiaramente espresso dal noto brocardo “Ubi commoda, ibi et incommoda”. [↑](#footnote-ref-14)
15. European Court of Human Rights, Grand Chamber, 8 aprile 2021, in caso n. 47621/13 e altri. [↑](#footnote-ref-15)
16. “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può aversi interferenza di una autorità pubblica nell’esercizio di questo diritto a meno che questa ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del paese, per la difesa dell’ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute e della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri”. [↑](#footnote-ref-16)
17. “1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (…). 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio pensiero non può essere oggetto di altre limitazioni oltre quelle previste dalla legge, e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza pubblica, la protezione dell’ordine, della salute o della morale pubblica o la protezione dei diritti e delle libertà di altri”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. F. Tallaro, “Diritto alla privacy e vaccinazione obbligatoria” in “Primogrado.com”, 23 aprile 2021, nel senso che “”mentre il giudizio della Corte costituzionale è volto a valutare la legittimità di una norma di legge nella sua dimensione generale e astratta, sia pure nei limiti dell’interesse per il caso concreto pendente innanzi al giudice a quo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è casistica: essa non ha per oggetto le norme poste dagli Stati, ma la vicenda storica sottoposta alla sua valutazione, onde valutare se vi sia stata in concreto la violazione dii un diritto fondamentale riconosciuto sul piano convenzionale.”; inoltre, “mentre il parametro usato dalla Corte costituzionale per decidere della legittimità dell’obbligo vaccinale è il divieto di trattamenti sanitari obbligatori, nel contesto dell’art. 32 Cost., la Corte europea dei diritti dell’uomo valuta le condotte denunciate sotto una luce ben diversa, e cioè il diritto alla privacy, alla vita privata, sancito dall’art. 8 della Convenzione”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Il giudizio reso ha presentato due distinte opinioni dissenzienti, una della quali particolarmente critica con il giudizio infine reso. [↑](#footnote-ref-19)
20. Si tratta della “3-steps Analysis” che connota i giudizi della Corte EDU. [↑](#footnote-ref-20)
21. La Repubblica Ceca, ma sulla scorta di quanto sostenuto anche da altri Stati interventori. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cfr. sentenza n. 258/1994. [↑](#footnote-ref-22)
23. I diversi vaccini disponibili differiscono sensibilmente, come noto, per meccanismi di immunizzazione, per efficacia e, probabilmente, anche per durata degli effetti, il che, congiuntamente alla contemporanea somministrazione renderebbe del tutto aleatoria qualsiasi previsione sulla relazione costi/benefici articolata sui parametri indicati nella opinione dissenziente. [↑](#footnote-ref-23)
24. La questione diventa assolutamente chiara se si pensi ancora alle vicende dei vaccini anti-covid, testati in fase di sperimentazione ma rispetto ai quali tuttora, a diversi mesi dall’introduzione generalizzata, non sono disponibili (tutti) i dati richiesti; i quali, se acquisiti successivamente, non potrebbero evidentemente inficiare una decisione assunta in precedenza sulla base di dati, per forza di cose, limitati o insufficienti. [↑](#footnote-ref-24)
25. I vaccini anti-covid sono attualmente somministrati su base volontaria, ma fortemente raccomandati, pur nella loro oggettiva diversità quanto a tipologia, efficacia, indicazione posologica e target anagrafico e senza, allo stato, chiara evidenza di possibili effetti collaterali associati alla somministrazione. [↑](#footnote-ref-25)
26. Vedi il paragrafo seguente. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. F. Cafaggi: “The features of the precautionary principle in times of pandemic differ from those in ordinary times. Both the content of positive obligations and the structure of balancing changes in favor of health protection and the limitation of other right may be permitted. It affects the balance between conflicting rights and the choice of the appropriate measure to reduce the risks and mitigate the consequences should be materialized. It affects the binding feature of vaccination and the consequences for not choosing vaccination when the choice is given. It is important to underline that it has to be applied in a framework of scientific uncertainty about both the features of the viruses and the expected effectiveness of protective measures. Governments have operated under a trial and error framework and in some instances have backed off from choices made earlier on”, from “A comparative analysis of covid 19 governmental measures and the role of courts”, in corso di pubblicazione. [↑](#footnote-ref-27)
28. La vaccinazione obbligatoria “should also be seen as encompassing the value of social solidarity, the purpose of the duty being to protect the health of all members of society, particularly those who are especially vulnerable with respect to certain diseases and on whose behalf the remainder of the population is asked to assume a minimum risk in the form of vaccination (punto 279 della motivazione). E ancora, al successivo punto 306 “the Court considers that it cannot be regarded as disproportionate for a State to require those for whom vaccination represents a remote risk to health to accept this universally practiced protective measure, as a matter of legal duty and in the name of social solidarity, for the sake of the small number of vulnerable children who are unable to benefit from vaccination”. [↑](#footnote-ref-28)
29. Così ingenerando il vulnus democratico segnalato, per i profili di cui si tratta, da F.Cafaggi (“A first comparative prospective…”, cit. [↑](#footnote-ref-29)
30. La questione è stata sviluppata, tra gli altri, in un caso definito in appello dalla sentenza n. 962/2018 del Consiglio di Stato, relativo alla contestazione da parte di alcuni genitori della decisione di un Comune che aveva imposto l’obbligo vaccinale per i bimbi tra 0 e 6 anni per accedere ai servizi educativi comunali. Il TAR in primo grado aveva respinto il ricorso, così avallando la scelta del Comune; il Consiglio di Stato, che confermava nel merito la pronuncia di prime cure, in via cautelare si era già espresso respingendo l’istanza di sospensione dell’esecutività della sentenza, significativamente argomentando che: a) la prescrizione obbligatoria di vaccinazione per l’accesso ai servizi educativi comunali si palesava coerente con il sistema normativo sanitario e con le esigenze di profilassi, tenuto conto dei cambiamenti in atto (minore copertura vaccinale in Europa e aumento dell’esposizione al contatto con persone provenienti da Paesi in cui malattie debellate in europea sono tuttora esistenti); b) il principio di precauzione invocato dai genitori, che ritenevano scientificamente provata la possibilità di effetti dannosi della vaccinazione sulla salute, poteva essere invocato anche nell’ipotesi contraria essendo scientificamente provato che la vaccinazione contrasti la probabilità di contrarre malattie infettive; c) in tale periodo di incertezza scientifica entrambe le ipotesi dovevano dunque essere considerate come vere, perciò imponendosi il principio di precauzione per la tutela della salute pubblica, specie dei bambini in età prescolare, che prevaleva sulle prerogative individuali dei genitori. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cfr. nota precedente. [↑](#footnote-ref-31)
32. Cfr. Cons. di Stato, III, Ord. n. 1622/2017. [↑](#footnote-ref-32)
33. Cfr. F. Patroni Griffi – Il giudice amministrativo come giudice dell’emergenza, relazione tenuta nel corso del Webinar Fondazione Occorsio il 12 aprile 2021 e pubblicata sul sito internet della G.A.: “Il bilanciamento è stato effettuato prevalentemente a livello normativo secondario (…) e anzi una buona “quota del bilanciamento è stata rimessa all’applicazione delle misure; quindi all’amministrazione e, in ultima analisi, al giudice”. [↑](#footnote-ref-33)
34. Cfr. par. III che precede. [↑](#footnote-ref-34)
35. “The Court reiterates that the term “law” as is appears in the phrases “in accordance with the law” and “prescribed by law” in Articles 8 to 11 of the Convention, is to be understood in its “substantive” sense, not limited to primary legislation, but including also legal acts and instruments of lesser rank. In sum, the “law” is the provision in force as the competent courts have interpreted” (cfr. punto 269 della motivazione). [↑](#footnote-ref-35)
36. Per un’applicazione del principio, si cfr. le recenti TAR Lazio, III-quater, nn. 10047 e 10048 del 2020 e ancora 10352/2020 (conf., 10600/2020, 10579/2020, 10587/2020, 10557/2020, ex pluris; e, prima ancora, TAR Calabria, CZ. I, n. 1462/2020), relative **all’obbligo vaccinale antinfluenzale stagionale, con finalità di diagnosi differenziale rispetto al Covid-19, imposto agli ultrasessantacinquenni (pena il divieto di frequentare luoghi di facile assembramento come centri sociali e case di riposo) nonché per tutto il personale sanitario e sociosanitario operante in ambito regionale (pena il divieto di avere accesso ai rispettivi luoghi di lavoro).**  [↑](#footnote-ref-36)
37. Nel caso esaminato, l’imposizione selettiva di un vaccino agli operatori sanitari di una singola Regione inciderebbe sui diritti dei lavoratori, regolati in maniera diversa in violazione delle norme statali in materia di tutela e sicurezza nei luoghi di lavoro. [↑](#footnote-ref-37)
38. La sentenza è stata resa a seguito di ricorso principale dello Stato contro la Regione Valle d’Aosta che aveva con legge regionale, previsto misure meno restrittive rispetto a quelle disposte dallo Stato, a tutela della salute in costanza di emergenza sanitaria. [↑](#footnote-ref-38)
39. Su cui si veda il successivo par. VIII. [↑](#footnote-ref-39)
40. Si tratta della più volte citata sentenza n. 5/2018. [↑](#footnote-ref-40)
41. E’ quanto osserva, in prospettiva comparativistica, F.Cafaggi (“A first comparative…, cit.): ”The cases law suggest that the adoption of restrictive measures and the limitation of constitutional rights to protect health is considered lawful when the governmental rule making power in grounded on the state of emergency”. [↑](#footnote-ref-41)
42. Quest’ultima problematica è a base della controversia risolta da TAR Puglia, Bari, II, n. 39/2021, che appunto esclude l’obbligo di vaccinazione (non riferita, in quella sede, alla vaccinazione anti-covid) in capo al minore affetto da patologie ostative ovvero già naturalmente immune ai fini del rilascio delle certificazioni necessarie (anagrafe vaccinale) a consentire la frequenza della scuola dell’infanzia [↑](#footnote-ref-42)
43. Cfr. Risoluzione n. 2361 (221) in data 27 gennaio 2021 (Doc. 15212, report of the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development): “7.3.1 ensure that citizens are informed that the vaccination is not mandatory and that no one is politically, socially, or otherwise pressured to get themselves vaccinated, if they do not wish to do so themselves; 7.3.2. ensure that no one is discriminated against for not having been vaccinated, due to possible health risks or not wanting to be vaccinated”. [↑](#footnote-ref-43)
44. Sotto forma di attestazione di negatività al virus in un tempo dato, a far data da un certo momento, ovvero di avvenuta guarigione. [↑](#footnote-ref-44)
45. O, in taluni casi, addirittura regionali, come previsto dall’Ordinanza n. 17 del 6 maggio 2021 del Presidente della Giunta regionale della Regione Campania che, per quanto rileva, “formula indirizzo ai direttori sanitari delle RSA e agli altri soggetti competenti: di consentire l’accesso alle strutture, nel rispetto delle misure di sicurezza fondamentali (obbligo di utilizzo di dispositivi di protezione individuale, frequente igienizzazione delle mani e degli oggetti) ai visitatori che comprovino, attraverso esibizione di certificazione/smart card, di aver completato la vaccinazione, secondo quanto prescritto dalle indicazioni del Ministero della salute”. [↑](#footnote-ref-45)
46. Grazie a specifiche tecniche ancora a definirsi con successivo decreto; cfr. art. 9 cit., comma 10. [↑](#footnote-ref-46)
47. Cfr. art. 9 cit., comma 9. [↑](#footnote-ref-47)
48. Il comma 10 dell’art. 9 cit. rimanda a successivo decreto di individuare i dati che devono essere riportati nelle certificazioni verdi, i soggetti deputati al controllo delle certificazioni, i tempi di conservazione dei dati raccolti ai fini dell’emissione delle certificazioni e le misure per assicurare la protezione dei dati personali ivi contenuti. [↑](#footnote-ref-48)
49. Cfr. L. 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati). [↑](#footnote-ref-49)
50. Si trattava, nel caso di specie, del vaccino contro il contagio del virus dell’epatite A, che aveva provocato l’insorgere della grave patologia del “lupus eritematoso sistemico” in danno di un soggetto sottoposto al trattamento vaccinale. [↑](#footnote-ref-50)
51. Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 118/2020. [↑](#footnote-ref-51)
52. Cfr. art. 4 D.L. 1 aprile 2021, n. 44: “In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano strategie vaccinale nazionale, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica a mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza è fatto obbligo agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nella farmacie, parafarmacie e negli studi professionali di sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l’esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita.; la mancata osservanza dell’obbligo vaccinale, ritualmente accertata, determina “la sospensione del diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi latra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-Cov-2”. [↑](#footnote-ref-52)
53. La infelice formulazione del testo normativo determina non poche complicazioni interpretative, anzitutto, in via rilevante, sull’ambito soggettivo di applicazione, essendo, la definizione di “operatori di interesse sanitario”, tutt’altro che agevole e peraltro spesso differente da regione a regione, con esiti applicativi non compatibili con la ratio di tutela uniforme della salute e del lavoro e della salda allocazione della profilassi internazionale, comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso ovvero a prevenirla, in capo allo Stato, ex art. 117, secondo comma, lettera q), Cost..

Più ragionevolmente occorrerebbe considerare che la legge fa riferimento a tutti gli operatori “di interesse sanitario”, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali, con una formulazione amplissima riferita ai luoghi della prestazione (e dunque all’ambiente di lavoro rispetto al quale occorre tarare il rischio specifico) e indipendente dalla oggettiva caratterizzazione “sanitaria” dell’attività svolta.

Cfr., sul punto, R. Riverso, “Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021”, in corso di pubblicazione. [↑](#footnote-ref-53)
54. Si tratta del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (“Testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”). [↑](#footnote-ref-54)
55. Cfr. Tribunale Belluno, sezione lavoro, 23.3.2021, che, in sede cautelare, aveva respinto il ricorso in via d’urgenza proposto da infermieri e operatori sanitari che avevano rifiutato di sottoporsi al vaccino anti-covid e, a seguito di giudizio del medico competente, erano stati sospesi dal servizio (pur mantenendo la retribuzione feriale), richiamando proprio il generale obbligo di cui all’art. 2087 C.C., che, per quanto rileva, impone obblighi positivi a carico del datore di lavoro a tutela degli stessi lavoratori renitenti, dei loro colleghi e di terzi.

Non erano, tuttavia, mancate pronunce di segno contrario, che hanno fatto leva sull’assenza di una norma di legge statale che rendesse espressamente obbligatorio il trattamento vaccinale per i dipendenti, non essendo sufficiente, a integrare l’obbligo, una decisione amministrativa: cfr. Tribunale Messina, sezione lavoro, n. 23455 del 12 dicembre 2020.

Va aggiunto che le misure di prevenzione previste nel Testo unico della sicurezza sono state integrate da ulteriori misure, poste a carico sia dei datori di lavori che dei lavoratori e codificate nei protocolli di sicurezza concordati tra le parti sociali per la prosecuzione e messa in sicurezza dell’attività produttiva, resi obbligatori dal legislatore con i DPCM del 10 e 6 aprile 2020; l’osservanza dei protocollo integra l’adempimento delle prescrizioni dell’art. 2087 C.C. ai fini della responsabilità civile e penale dal datore di lavoro (ex art. 29-bis, D.L. n. 23/2020, come convertito, con modifiche, dalla legge n. 40 del 2020). [↑](#footnote-ref-55)
56. La sentenza n. 218 del 1994 della Corte costituzionale, a proposito degli accertamenti obbligatori per infezione da HIV nell’ambito delle attività di assistenza e cura, aveva ammesso la legittimità di un trattamento sanitario obbligatorio a carico del lavoratore portatore del rischio in presenza di un pericolo per la salute dei terzi, al fine di garantire il diritto fondamentale alla salute degli altri soggetti, da ritenersi prevalente sulla libertà (autodeterminazione) di chi decide di non curarsi. Ritorna la rilevanza esterna del trattamento sanitario obbligatorio, che, sembra suggerire la Corte, non può ricondursi solo alla sfera individuale tutte le volte che possa impattare sul contrapposto diritto di altri, rispetto al quale l’autodeterminazione del singolo deve recedere e con cui deve comunque confrontarsi. [↑](#footnote-ref-56)
57. La Corte costituzionale ha consolidato tale impostazione in più occasioni affermando la sussistenza di obblighi di protezione a carico del datore di lavoro nello svolgimento dell’attività lavorativa. Ad esempio, con la sentenza n. 99 del 1980, in materia di controlli medici, ha sostenuto che le disposizioni imponenti tali obblighi non sono dirette a limitare la libertà, la dignità e l’onorabilità individuale del lavoratore nell’organizzazione aziendale, ma concorrono a disciplinare l’attività collettiva dei facenti parte di tale organizzazione che, come quella di qualsivoglia gruppo umano avente uno scopo economico comune, non può attuarsi senza i necessari controlli. [↑](#footnote-ref-57)
58. L’art. 20 del TUS espressamente pone una correlazione tra gli obblighi del datore di lavoro e quelli del lavoratore, stabilendo che “ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo del lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro”. [↑](#footnote-ref-58)
59. “(…) il dilemma dell’impatto dei vaccini sul rapporto di lavoro … rimarrà. E si riproporrà man mano che la campagna vaccinale andrà avanti con la messa a disposizione dei vaccini per altre categorie di lavoratori, in relazione a tutte le mansioni in cui esista il rischio di contatti interpersonale, anche al di fuori degli ospedali e delle strutture sanitarie e socioassistenziali”; cfr. R. Riverso, cit. [↑](#footnote-ref-59)
60. “Cfr. Corte. Cost., n. 118/1996: “In nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario … sia privato della facoltà di decidere liberamente. Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri”. [↑](#footnote-ref-60)
61. Cfr. F. Cafaggi: “Individual vaccination is a measure that at the same time protects individuals and the community from the spread. But the effects might differ. The level of individual protection might be higher than the effect of contagion reduction. That vaccines reduce contagion is clear. It remains unsettled the extent and duration of immunity. The control over immunity and the definition of a vaccination scheme that can ensure continuous immunity is of paramount importance”. [↑](#footnote-ref-61)
62. Si pone il problema L. Taschini, in “Il vaccino antiCovid nel rapporto di lavoro. Riflessioni a partire dall’ordinanza cautelare del giudice del lavoro di Messina” in Giustizia insieme, 16 febbraio 2021, cfr. nota 4: “In relazione al problema dell’accesso alla vaccinazione, sicuramente attuale vista la carenza e la limitatezza delle dosi disponibili, occorre chiedersi, esiste un diritto ad essere vaccinati? Ad essere vaccinati entro un certo limite temporale? Quali priorità sono riscontrabili, se vi sono, tra la popolazione nell’accesso di vaccino? La Costituzione offre criteri per determinare l’ordine giusto ed equo di vaccinazione?”. [↑](#footnote-ref-62)
63. Segnatamente, diritto di prestazione ad ottenere un trattamento sanitario. [↑](#footnote-ref-63)
64. E’ il caso esaminato dalla Corte tedesca di Francoforte sul Meno (decisione del 12 febbraio 2021) che ha, con provvedimento d’urgenza, tenendo in specifica considerazione il diritto alla salute potenzialmente messo in pericolo dal protrarsi della pandemia senza offrire protezione vaccinale ai soggetti fragili, ordinato all’Amministrazione sanitaria di esaminare il caso della ricorrente, minore e disabile grave (con grave patologia respiratoria), ai fini della somministrazione prioritaria del vaccino con modalità off-label.

Il caso è particolarmente interessante perché involge l’emersione di diritti individuali oltre la specifica previsione di legge positiva e sulla base della interpretazione convenzionalmente orientata dalla stessa. [↑](#footnote-ref-64)