

Obbligo vaccinale e profili di tutela: la “messa alla prova” dei diritti fondamentali

MARIA CAMILLA SPENA

(Professore aggregato di diritto sanitario – Università degli Studi di Napoli Federico II)

Colpendo tutto il genere umano senza distinzioni di nazionalità e ricchezze, mettendo in ginocchio l'economia, alterando la vita di tutti i popoli della terra e mostrando l'interazione tra emergenza sanitaria ed emergenza ecologica e l'interdipendenza planetaria tra tutti gli esseri umani, questa pandemia sta forse generando la consapevolezza della nostra comune fragilità e del nostro comune destino.

L. FERRAJOLI

Abstract

Il presente lavoro si propone di ricostruire il difficile rapporto tra il principio di autodeterminazione della persona e l'obbligatoria sottoposizione della stessa ai trattamenti sanitari. Lo studio prende le mosse dalle sollecitazioni del periodo pandemico che ha riportato al centro del dibattito scientifico l'annosa questione relativa alla legittimità dell'obbligo vaccinale. Essa risiede proprio nella duplice valenza che caratterizza il diritto alla salute, ad un tempo, diritto del singolo e interesse della collettività, termini che sono, tra loro, in continua tensione e che trovano proprio nell'operazione di bilanciamento il proprio punto di equilibrio. L'obbligatorietà della vaccinazione e la libertà individuale costituiscono una relazione solo apparentemente antitetica. Il comma 2 dell'art. 32 della Costituzione legittima la restrizione della libertà del singolo – senza che ciò configuri una violazione della stessa – in forza della vocazione sociale che anima il disegno costituzionale. Il contributo indaga, per queste ragioni, lo spazio entro il quale possa definirsi lecita la compressione del principio di autodeterminazione del soggetto in presenza di trattamenti sanitari ritenuti necessari per il benessere della collettività.

This work envisages the reconstruction of the difficult relationship between the single individual self-determination and the acceptance of undergoing health treatments. The whole issue was inspired by what has recently happened during the pandemic and the scientific debate it has triggered off concerning whether

vaccines should be mandatory or not. The general issue around the human rights to well-being stems from the contrast between single rights and power of determination and general public care considerations. It is essential to find a common ground and a proper balance between the mentioned rights. The very contrast between mandatory vaccination and single rights is only apparent actually. Act 32.2 of the Constitution states the single right 's restrictions on behalf of public interest. According to the mentioned Act, the public interest is underpinned by the whole Constitution without denying any single rights. The current debate is meant to investigate on how legitimate it is to suppress the single rights in order to support the general well-being and health care without trespassing the former.

Sommario: 1. Salute e pandemia: un diritto sotto “pressione” 2. Obbligo vaccinale ed esaltazione della natura “sociale” del diritto alla salute 3. Vaccinazione obbligatoria e libertà individuale: un’apparente relazione antitetica 4. L’attesa pronuncia della Corte costituzionale sull’obbligo vaccinale contro il Covid-19 5. Riflessioni conclusive.

1. Salute e pandemia: un diritto sotto “pressione”

La pandemia ha fatto conoscere più da vicino il problema della sovrapposizione tra salute del singolo e salute della collettività, costringendo a riflettere sulla complessa operazione di bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti. La compressione¹ – a vario titolo – dei diritti fondamentali della persona, a partire dal primo lockdown (febbraio/marzo 2020), ha evidenziato come, in situazioni emergenziali inedite e di portata straordinaria, si possa assistere ad una prevalenza *naturale* del diritto alla salute come interesse della collettività.

L’elevatissimo tasso di contagiosità del virus e i fattori di rischio connessi alla sua diffusione su larga scala hanno giustificato una limitazione di diritti e libertà per la salvaguardia della vita – che partecipa, come valore di sintesi, alla stessa natura dei diritti della persona – e dell’ordine pubblico. L’obiettivo prioritario del contenimento del contagio, oltre ad aver condizionato il modo di vivere delle comunità, ha altresì indotto a riflettere sul sovvertimento del nostro sistema di valori e di libertà che ha fatto seguito ai provvedimenti adottati, in ambito sanitario, durante l’emergenza. Si tratta, cioè, di discutere sull’ampliamento dei significati riconducibili al concetto di salute e che dipendono dalle sollecitazioni contingenti².

¹ Cfr. F. VARI, *La pandemia di COVID 19 come stress test per i diritti fondamentali: prime note*, in *Nuove Autonomie*, n. I- SPECIALE/2022; I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 2021, 1, 1; D. MORANA, *Uno stress test per le garanzie costituzionali dei diritti: pressione pandemica e fonti del diritto*, in *Corti Supreme e Salute*, 2021, 1, 93 ss.; F. GRANDI, *L’art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1, 82 ss.; M. D’AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell’emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal*, 2020, 3, 40 ss.; A.A. VENANZONI, *L’innominabile attuale. L’emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 marzo 2020.

² Per un approfondimento su come è cambiata la concezione del diritto alla salute nel periodo pandemico, in ambito internazionale, si v. M. LUCIANI, *Il diritto alla salute. Una prospettiva di diritto comparato*, Italia, gennaio 2022, 10 e 11; AA.VV. *L’emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell’Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive* in *www.eurojus.it*, numero speciale, nonché L.O. GOSTIN, R. HABIBI, B.M. MEIER, *Has Global Health Law Risen to Meet the COVID-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for*

La salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattia o di infermità, così ha dichiarato l'OMS nel 1948³. Questo accostamento fra salute e benessere ci impone di riflettere proprio sul modo in cui il concetto di salute sia cambiato nel corso del tempo non solo con riguardo ai confini nazionali ma anche sovranazionali che influenzano le politiche di indirizzo degli Stati membri dell'UE. Il benessere insiste sia sulla "capacità di aumentare e migliorare il controllo sulla propria salute"⁴ sia "sulle azioni dirette a cambiare le condizioni sociali, economiche, ambientali, per ridurre il loro impatto negativo ed esaltare quello positivo della salute pubblica e individuale"⁵. Si tratta di una combinazione tra processo individuale e globale che ha definito il concetto di benessere in relazione al rapporto tra l'individuo, la società e l'ambiente circostante. Questa natura sociale del diritto alla salute è stata ulteriormente enfatizzata negli ultimi due anni, le cui dinamiche hanno sottolineato l'importanza di un diritto alla salute inteso come espressione di un dovere di solidarietà politica, economica e sociale – «base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione»⁶ – che traduce in doverosità sociale⁷ la comune appartenenza dell'individuo ad una comunità. L'appartenenza ad uno Stato, cioè ad una realtà politico-istituzionale organizzata, comporta diritti e doveri, laddove l'esercizio dei diritti passa inevitabilmente per l'adempimento dei doveri ed è una propedeuticità della libertà al benessere proprio e quindi collettivo. Si ricordi⁸,

Future Threats, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2020, 2.

³ La definizione è tratta dalla Costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità, firmata a New York il 22 luglio del 1946, approvata dall'Assemblea federale il 19 dicembre del 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile del 1948.

⁴ Si v. D. GIUGLIANO, K. ESPOSITO, *I sei segreti della salute*, Napoli, 2022, 15 ss.. Gli Autori ricostruiscono, nelle prime pagine del libro, le sensibilità variamente espresse ed emerse dalle dichiarazioni che l'OMS ha formulato dal 1948 in poi, enfatizzando tre grandi temi che concorrono nella tutela del diritto alla salute: il concetto di benessere attraverso la cura di sé stessi e degli altri; l'importanza delle strategie di prevenzione; il necessario equilibrio tra individuo, società e ambiente.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Corte costituzionale, decisione n. 75, 17 - 28 febbraio 1992, in *cortec.it*.

⁷ Per approfondire cfr. G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Diritto pubblico*, 2018, 2; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, 2013; D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, 2013, 4, 1; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 246 ss. proprio sul tema delle vaccinazioni.

⁸ A. CRISANTI, *Diritti fondamentali e pandemia*, in *Nuove Autonomie*, n. I-speciale/2022.

infatti, che le epidemie/pandemie sono caratterizzate da virus ad alta trasmissione, ciò significa che l'impatto non è solo sul singolo ma sull'intera società. Ma fino a che punto la portata straordinaria dell'emergenza sanitaria può giustificare la limitazione dei diritti fondamentali⁹?

Nessuno si salva da solo¹⁰: una frase retorica, a tratti scontata eppure di estrema attualità se consideriamo il modo in cui la vita dell'intera umanità è cambiata negli ultimi due anni. La pandemia¹¹ ha simbolicamente annullato i confini tra gli Stati e ha mostrato le crepe presenti nei sistemi istituzionali nazionali così come delle strutture sovranazionali che sono risultate inadeguate ad assicurare un dialogo internazionale efficace e tempestivo. L'emergenza pandemica è divenuta, in tal senso, amplificatore di già esistenti questioni di rilevanza internazionale, disvelando un'interconnessione – ormai inevitabile – tanto fra gli esseri umani quanto fra le istituzioni dell'intero pianeta. Ha inasprito i caratteri dell'emergenza climatica, della scarsa gestione dei flussi migratori¹², delle disuguaglianze fra

⁹ Si ricordi, a tal fine, la normativa che ha fatto da traino durante la gestione dell'emergenza sanitaria. L'art. 7 del d.lgs. n. 1 del 2018 (Codice della protezione civile) disciplina lo stato di emergenza precisando che esso fa riferimento a «*emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiata con mezzi e poteri straordinari*». Se, da un lato, la libertà di circolazione può essere limitata per motivi di sanità e sicurezza, ai sensi dell'articolo 16, comma 1 Cost., così come può essere vietato il diritto di riunirsi, ai sensi del comma 3 dell'art. 17 Cost. «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica», dall'altro si è osservato che durante la pandemia c'è stata non tanto una limitazione bensì ad una vera e propria soppressione di diritti fondamentali costituzionalmente protetti, arrivando ad introdurre incisive deroghe alla normativa sul trattamento dei dati personali (art. 14 d. l. 9 marzo 2020 n.14).

¹⁰ La frase è tratta dall'*Enciclica Fratelli*, titolo del documento sulla *fraternità e l'amicizia sociale* pronunciato da Papa Francesco il 27 marzo 2020 a Piazza San Pietro.

¹¹ Per un approfondimento sulla pandemia dal punto di vista scientifico e psicosociale, si v. M. BASSETTI, *Il mondo è dei microbi: La nostra battaglia contro i nemici invisibili*, Casale Monferrato, 2022; M. BOLOGNA, A. LEPIDI, *Covid-19. Virologia e Patologia*, Torino, 2020; I. CAPUA, *Il dopo. Il virus che ci ha costretto a cambiare mappa mentale*, Milano, 2020; C. GAMBERALE, *Come il mare in un bicchiere*, Milano, 2020.

¹² Sul tema dei flussi migratori rimando ad un mio recente lavoro sul complesso inquadramento all'interno dell'ordinamento italiano della figura dei MSNA (Minori Stranieri Non Accompagnati). In particolare, nel contributo rifletto su come l'emergenza pandemica - anche con riguardo alla campagna vaccinale - abbia fortemente evidenziato l'inidoneità delle misure attualmente previste per la regolazione del fenomeno. Si v., quindi, M.C. SPENA, *La protezione del diritto alla salute per i minori stranieri non accompagnati*

categorie sociali e fra Stati; ha evidenziato il contrasto tra libertà (soprattutto quella sancita dall'art. 16 della Costituzione) e diritti sociali¹³, fra individualismo e collettivismo. È un problema anche di lettura storica, certamente eurocentrica, che ha condizionato l'elaborazione di politiche che hanno marginalizzato – anche durante la campagna vaccinale – una porzione di mondo (il cd. *Global South*) necessaria da recuperare per il superamento effettivo della pandemia. La resistenza alla globalizzazione da parte di alcune forze politiche ha impedito la costruzione di un dialogo globale strutturato, capace di valorizzare le differenze e di creare strutture che consentissero un flusso organizzato di dati e forme di risoluzione.

Certamente consapevoli che ogni ordinamento presenti i suoi tratti connotativi, è altresì vero che in un mondo globalizzato – a prescindere da valutazioni di merito sul tema – è necessario prendere atto dell'importanza di costruire moduli di trasmissioni delle informazioni capaci di ridurre ad unità le differenze. Il virus ha dimostrato di non essere “democratico”¹⁴: i costi dovuti dalla pandemia non sono stati eguali per tutti gli Stati, così come non è stato garantito eguale accesso e pari opportunità ai servizi sanitari a tutti gli individui, soprattutto a quelli più fragili e vulnerabili¹⁵. Le ricerche condotte hanno dimostrato che, soprattutto nella prima fase¹⁶ della

tra integrazione sociosanitaria e profili di tutela, in *Nuove Autonomie*, 2022, 1.

¹³ A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (Necessità di un “nuovo modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2011. Sull'effettiva tutela dei diritti umani, sia in campo internazionale che interno, e sulla loro protezione, il filosofo del diritto Aldo Schiavello, in *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, dopo una attenta disamina storica e filosofica sull'affermazione dei diritti umani, si interroga sul loro fondamento, e come garantire effettiva protezione, evidenziando fra l'altro, il pericolo che l'eccessiva loro tutela innanzi agli organismi giurisdizionali, possa condurre ad un restringimento della “democrazia”, giacché riduce lo spazio “discrezionale” della scelta.

¹⁴ Si v. sul tema, B. SARACENO, *Un virus classista. Pandemia, diseguaglianze e istituzioni*, Merano-Bolzano, 2021; S. ROSSI, *Società del rischio e scelte tragiche al tempo del coronavirus*, in *Rivista AIC*, 2020, 3.

¹⁵ L'OMS ha pubblicato il 26 giugno 2017, le Linee guida per la gestione delle questioni etiche nelle epidemie di malattie infettive (*WHO Guidelines on Ethical Issues in Public Health Surveillance*). L'obiettivo è di guidare i responsabili politici e gli operatori sanitari sui temi etici relativi alla sorveglianza sanitaria pubblica, sottolineando che le decisioni e l'allocatione delle risorse debbano avvenire bilanciando utilità ed equità delle prestazioni al fine di garantire un'uguale accesso alle cure ed alla riduzione delle diseguaglianze.

¹⁶ Per un riscontro sui dati, si v. Istat (2020b), *Rapporto annuale 2020 – La situazione del Paese*, Istat, Roma. Istituto Cattaneo, 2020, *La diversa vulnerabilità degli italiani di*

pandemia, ad essere maggiormente colpite dalla malattia sono state principalmente alcune categorie per definizione più fragili, come gli anziani o le minoranze razziali o comunque coloro che già si trovavano in condizioni di povertà e precarietà¹⁷. Questa la ragione prima che ha giustificato l'esaltazione dell'aspetto “sociale” del diritto alla salute, certamente stressato sul piano del bilanciamento dei diritti fondamentali della persona con riguardo al sistema delle fonti¹⁸ consolidatosi nel periodo pandemico.

La crisi dovuta alla diffusione della SARS-Cov2 ha, come si è cercato di introdurre, notevolmente cambiato il modo attraverso cui leggere le dinamiche del sistema¹⁹ e, con esso, ha ridefinito le categorie dominanti grazie alle quali i cittadini comunicano i loro bisogni e disagi. Il diritto alla salute è apparso, oggi più di ieri, un necessario canale di indagine per misurare la consistenza dell'apparato sanitario nazionale nonché la qualità del rapporto tra struttura sanitaria e cittadino. È bene ricordare, sin da ora, che la tutela della salute non è indifferente ai rapporti di potere, all'organizzazione dei territori e all'adeguatezza delle strutture sanitarie: mettere sotto “pressione” la tutela dei diritti significa stressare il sistema e provare a comprendere la capacità di risposta dello stesso dinanzi a fattori di rischio *eccezionali*.

Il ragionamento fin qui condotto si completa con una riflessione relativa al co. 2 dell'art. 32 della Costituzione, ai sensi del quale – non a caso – si prevede che nessuno può essere obbligato ad un determi-

fronte al Covid-19 su <https://www.cattaneo.org/2020/04/11/la-diversa-vulnerabilita-degli-italiani-difronte-al-covid-19/>, 22 agosto 2020.

¹⁷ Sul tema delle categorie vulnerabili e delle discriminazioni riferite ad un presunto valore sociale della persona, ad esempio in funzione dell'età, reddito, etnia, genere, cfr. C. SARGIOTTA, *Le questioni di genere nell'attività di policy making. Opportunità e limiti del PNRR*, in A. AMIRANTE, G. ROTONDO (a cura di), *Strutture sociali e governo del cambiamento nel contesto post-pandemico*, Napoli, 2022; F. PIZZOLATO, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 2, 25 e ss.; B. PASTORE, O. GIOLO (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018.

¹⁸ Cfr. P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, disponibile su <http://www.osservatoriosullefonti.it>; S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 5 ss.

¹⁹ Sui riflessi della pandemia sul sistema, si v. un recente lavoro A. AMIRANTE, G. ROTONDO (a cura di), *Strutture sociali e governo del cambiamento nel contesto post-pandemico*, Napoli, 2022.

nato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. La Costituzione pone un duplice vincolo come fattore di garanzia: la materia deve muoversi all'interno del perimetro della legge perseguendo come fine il rispetto della persona umana.

La qualificazione del trattamento come sanitario indica altresì che l'obbligo del singolo non potrà mai tradursi nella soggezione ad una pratica dannosa per il suo benessere, ma unicamente nel dovere di sottoporsi ad una pratica sanitaria idonea a tutelare anche, e prima di tutto, la sua salute. Di stringente attualità è la questione del cd. obbligo vaccinale²⁰, che si pone nella più ampia cornice – in continua evoluzione – del rapporto tra scienza e tecnica²¹.

2. Obbligo vaccinale ed esaltazione della natura “sociale” del diritto alla salute

Il dibattito sorto sulla costituzionalità delle vaccinazioni ha evidenziato come in nome di una libertà personale si celi un individualismo esasperato che pone in crisi il principio solidaristico sancito dall'art. 2 della Costituzione, secondo cui la Repubblica, così come riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, impone un dovere di solidarietà sociale in una dimensione solidaristica su cui deve fondarsi una comunità.

Si cercherà, di seguito, di comprendere come la questione dell'obbligo vaccinale si ricollegli alla previsione di cui al co. 2 dell'art. 32 e come esso incida sul proliferare di significati connessi alla dimensione pubblicistica del diritto alla salute.

²⁰ Per un inquadramento teorico sulla costituzionalità dell'obbligo vaccinale, si v. a titolo esemplificativo, A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, n. I-Speciale/2022; G. GUZZETTA (intervista a), *Si, l'obbligo vaccinale è consentito dalla Carta, ma questo labirinto ci porta solo al caos*, in *Il punto. News*, 19/2/2022; A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, 2021, 3; A. PATANÈ, *La costituzionalità dell'obbligo vaccinale all'interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell'attività lavorativa*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2021, 2; C. CHIARIELLO, *Trattamenti sanitari obbligatori e vaccinazioni*, Torino, 2019; A.A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 maggio 2017; S. ROSSI, *Il decreto legge sui vaccini tra scienza e politica*, in *www.lacostituzione.info*, 22 maggio 2017; A. MORELLI, *Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal*, Rivista di BioDiritto, 2017, 2.

²¹ M. R. SPASIANO, *Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e altre questioni in tema di obbligo vaccinale*, in *Nuove Autonomie*, n. I-Speciale/2022.

La formulazione della disposizione relativa all’obbligatorietà dei trattamenti sanitari²² fu oggetto di un acceso dibattito anche in Assemblea costituente²³, per due ragioni principali: da un lato, la difficoltà di definire il ruolo del Legislatore in materia e, dall’altro, il rapporto fra obbligo, dovere di solidarietà e libertà del singolo.

La prima questione riguarda, anzitutto, la natura²⁴ della riserva di legge contenuta nel secondo comma dell’art. 32. Si tratta di un fattore di complessità proprio perché «nella disciplina di materie così delicate non è tanto decisivo stabilire in che misura la legge statale debba incidere, ma piuttosto quanto e se possa la materia essere disciplinata da fonti gerarchicamente inferiori alla legge: il fenomeno che più preoccupa è la delegificazione della materia, che aprirebbe uno spazio ulteriore al Governo anche in materie riservate al legislatore ordinario»²⁵. La natura della riserva è strettamente connessa alla casistica in cui essa trova attuazione. Mentre i trattamenti sanitari coattivi²⁶ possono essere disposti – restrittivamente – solo previa

²² Per un approfondimento sul tema dei trattamenti sanitari obbligatori, si v. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013, 37 ss; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 330 ss; E. VARANI, *I trattamenti sanitari tra obbligo e consenso (Il punto della situazione)*, in *Arch. giur.*, 1991, 89 ss.

²³ Per la ricostruzione del dibattito in materia, si vedano gli atti dell’Assemblea costituente del gennaio/aprile 1947 consultabili su <https://storia.camera.it/lavori/transizione/leg-transizione-costituente/1947>.

²⁴ Si tratta di un dibattito che ancora impegna la letteratura del settore. Si discute, cioè, se il co. 2 dell’art. 32 contenga una riserva di legge assoluta o relativa, fermo restando – in ambedue i casi – la necessità del Legislatore di definire in maniera sufficientemente chiara, precisa e determinata la disciplina. Si v. su tutti, in questa direzione, M. LUCIANI, *Salute*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989. A sostegno del carattere relativo, tra gli altri: V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 558-559; A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta OnLine*, 2018, 92; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 52-53; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1, 1983, 30-31.; a sostegno del carattere assoluto, A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, 87-88. La Corte costituzionale, nella sentenza n.258/1994, sia pur incidentalmente, ebbe ad indicare come relativa la riserva di legge di cui all’art. 32 della Costituzione.

²⁵ I. CIOLLI, *I Trattamenti Sanitari Obbligatori e il paziente con problemi psichici. Profili costituzionali*, in A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 627.

²⁶ Si pensi, ad esempio, ai ricoveri imposti ai malati di mente o i prelievi ematici laddove, essendovi un’invasione della libertà personale prevalgono la riserva di giurisdizione e la riserva di legge assoluta contenute nell’art. 13 della Costituzione, disposizione posta a presidio dell’invulnerabilità della libertà personale.

legge ordinaria o previo atto dell'autorità giudiziaria, per quelli, invece, meramente obbligatori si è aperta la strada della discussione. Ci si chiede cioè se la riserva contenuta nella seconda proposizione dell'art. 32 restringa, in quest'ultimo caso, la forma dell'atto alla sola legge formale (quella per la cui formazione si rinvia al procedimento ordinario *ex artt. 72 e ss.*) o se, sui trattamenti meramente obbligatori, insista una riserva di legge relativa²⁷ che consentirebbe l'esercizio della potestà regolamentare per mere finalità di integrazione della disciplina.

Nel dirimere i nodi della questione sembra necessario rievocare l'operazione di bilanciamento²⁸ degli interessi, ispirata al principio di ragionevolezza, che si pone a salvaguardia degli standard di trattamento e tutela anche in materia sanitaria. È ben evidente, stando a quanto ricostruito fino ad ora, che il recente dibattito intorno alla possibilità di imporre l'obbligo della vaccinazione anti-covid ha riportato in auge e messo in discussione quanto la giurisprudenza costituzionale aveva storicamente stabilito in ordine al bilanciamento tra obbligatorietà del trattamento sanitario e autodeterminazione del singolo, che riflette la ricordata duplice valenza del diritto alla salute.

La Consulta, già nella sentenza n. 307 del 1990, evidenziava che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»²⁹. La Corte, in quella sentenza, si era pronunciata di

²⁷ Si v., in tal senso, A. PATANÉ, *La costituzionalità dell'obbligo vaccinale all'interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell'attività lavorativa*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2021, 2; A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, AIC, n.3, 9 settembre 2021; di I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche ai giuristi)*, in *questionegiustizia.it*, 18 marzo 2020.

²⁸ L'operazione di bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti rappresenta una tecnica di giudizio diretta alla composizione dei conflitti che riguardano beni di rango costituzionale. È il criterio applicato dai giudici costituzionali, capace di graduare un diritto che entri in concorso con un altro per la protezione di una situazione giuridica soggettiva o di rilievo pubblicistico in senso ampio. Si v. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

²⁹ Cit. Corte costituzionale, decisione n. 307, 14 -22 giugno 1990, in *Cortecostituzionale.it*.

obbligo vaccinale occupandosi di una questione di legittimità sollevata in via incidentale in ordine alla costituzionalità della legge 4 febbraio 1966, n. 51 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica). La legge fu fatta salva, eccetto nella parte in cui non prevedeva una forma di indennizzo nel caso di «danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo».

La costituzionalità dell'obbligo vaccinale risiede proprio nell'intersezione³⁰ della valenza del diritto alla salute, ad un tempo, diritto del singolo e interesse della collettività³¹, termini in continua tensione dialettica che trovano nell'operazione di bilanciamento il proprio argomento di razionalizzazione.

Negli ultimi anni la Corte è tornata sul tema allorquando nel 2018 si è occupata di un altro obbligo vaccinale. Con sentenza n. 5 del 2018, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il ricorso promosso in via principale dalla Regione Veneto contro l'obbligo

³⁰ Cfr. F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della corte costituzionale italiana*, su *Rivista AIC*, 2013, 3.

³¹ Nella sentenza n. 258 del 1994 la Corte ha stabilito quali fossero i profili di costituzionalità dei trattamenti sanitari obbligatori, stabilendo che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione:

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 inerte al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale (cfr. sentenza 1990 n. 307 cit.);

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

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 (cfr. sentenza 307 cit. e v. ora legge n. 210/1992). E ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria, la quale “trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura” (sulla base dei titoli soggettivi di imputazione e con gli effetti risarcitori pieni previsti dall'art. 2043 c.c.: sentenza n. 307/1990 cit.).

vaccinale introdotto dall'allora Ministra della Salute Lorenzin per i bambini della scuola materna e degli asili nido, sostenendo la legittimità dei provvedimenti adottati dal Governo perché posti a tutela della salute pubblica. Si tratta di un punto cruciale, perché ribadisce la natura “sociale” del diritto alla salute, la prevalenza, cioè, della salute collettiva sulla libertà individuale in contesti avvertiti come emergenziali sul piano scientifico³². È su questa riflessione che si innesta il bilanciamento tra obbligo, dovere di solidarietà e libertà di autodeterminazione del singolo il cui contraltare, sul piano giuridico, è previsto dall'indennizzo. Sempre nella sentenza del 2018, infatti, la Consulta ha ricordato come l'ordinamento reputi essenziale garantire un indennizzo nell'ipotesi in cui vi siano conseguenze negative riconducibili alla somministrazione, senza che rilevi a quale titolo – obbligo o raccomandazione – la vaccinazione sia stata somministrata³³.

Questo approccio mira a sostenere l'efficacia delle vaccinazioni, soprattutto dinanzi ad un diffuso scetticismo³⁴ inversamente proporzionale alle evidenze scientifiche – figlie del progresso – che rendono i dati di riferimento sempre più attendibili, anche perché calibrati

³² Per un sintetico quadro di insieme sulla pronuncia della Corte costituzionale n.5 /2018, cfr. V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 5 del 2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 451 ss.; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *forumcostituzionale.it*, 2018; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 465 ss..

³³ Lo stesso principio venne affermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 268 del 2017, in relazione alla vaccinazione anti-influenzale. Sullo stesso punto, sempre in tema di misure sanitarie obbligatorie a tutela della salute pubblica, già nella sentenza n.118 del 1996 la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2, comma 2, e 3, comma 7, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui escludono, per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell'evento prima dell'entrata in vigore della predetta legge e l'ottenimento della prestazione determinata a norma della stessa legge, il diritto - fuori dell'ipotesi dell'art. 2043 del codice civile - a un equo indennizzo a carico dello Stato per le menomazioni riportate a causa di vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica da quanti vi si siano sottoposti e da quanti abbiano prestato ai primi assistenza personale diretta.

Per un riscontro in dottrina, si v. C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Quaderni costituzionali*, 12 aprile 2018, 1.

³⁴ Sul tema si v. già in tempi pre-pandemici, G. GEMMA, *Impatto negativo degli umori popolari sul diritto alla salute*, in *Osservatorio AIC*, 2016, 2.

grazie alle nuove sperimentazioni e tecnologie.

Il percorso argomentativo che ha riguardato la costituzionalità dell'obbligo vaccinale anti-covid trova solide riflessioni in una diffusa e anche recente giurisprudenza, nazionale ed europea³⁵, che ha enfatizzato la dimensione pubblicistica del diritto alla salute come momento necessario per la sua tutela. L'8 aprile 2021 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha respinto il ricorso di alcuni genitori contro la legge della Repubblica Ceca³⁶ che non consentiva ai bambini non sottoposti a vaccinazione l'iscrizione alla scuola dell'infanzia. Il successivo 24 agosto 2021 sempre la Corte europea dei diritti dell'uomo ha respinto la richiesta, avanzata da 672 vigili del fuoco francesi, di ottenere misure cautelari contro la legge che imponeva loro la vaccinazione contro la SARS-Cov2, sostenendo che non si trattava di una delle situazioni che richiedono un'azione immediata ma facendo comunque salva la possibilità di avanzare richiesta in caso di reale pericolo per la vita o l'integrità fisica della persona.

Nello stesso periodo – solo per citare qualche esempio – i Tribunali di Belluno e Modena³⁷ si sono pronunciati sulla sospensione dal ser-

³⁵ Cfr. in S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19*, su *laCostituzione.info*, 2021.

³⁶ Il riferimento è alla sentenza CEDU, 8 aprile 2021, Causa VAVŘIČKA E Altri c. Repubblica Ceca - Vaccinazione obbligatoria contro (difterite, tetano, pertosse, infezioni da Emofilo dell'influenza di tipo b, poliomielite, epatite B, morbillo, parotite, rosolia e – per i bambini con specifiche indicazioni di salute – infezioni da pneumococco). “I Giudici di Strasburgo hanno sottolineato che, in base alla propria giurisprudenza, la vaccinazione obbligatoria, in quanto trattamento medico non volontario, rappresenta un'interferenza con l'integrità fisica e riguarda, quindi, il diritto al rispetto della vita privata, tutelato dall'art. 8 della Convenzione. Al tempo stesso, essi riconoscono che la Repubblica ceca, con tale legislazione, persegue gli obiettivi legittimi di protezione della salute così come dei diritti degli altri, rilevando che la vaccinazione protegge sia chi la riceve, sia chi non può essere vaccinato per motivi medici e fa, quindi, affidamento sull'immunità di gregge per la protezione contro gravi malattie contagiose. La Corte ha, inoltre, ritenuto che ci fosse un ampio “margine di apprezzamento” per lo Stato convenuto in questo contesto. Ha osservato, invero, che nella Repubblica ceca il dovere di vaccinazione è stato fortemente sostenuto dalle competenti autorità mediche. Si potrebbe dire che rappresenti la risposta delle autorità nazionali alla pressante necessità sociale di proteggere la salute individuale e pubblica dalle malattie in questione e di salvaguardare contro ogni tendenza al ribasso del tasso di vaccinazione tra i bambini”, cit. tratta da *La CEDU su obbligo vaccinale (CEDU, sez. Grande Camera, sent. 8 aprile 2021, ric. nn. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19306/15, 19298/15, 43883/15)*, in *dirittifondamentali.it*.

³⁷ Il riferimento è alla sentenza n. 328 del 6 maggio 2021 pronunciata dal Tribunale di

vizio senza retribuzione prevista per il personale sanitario che aveva rifiutato di vaccinarsi contro il Covid-19, prima ancora dell'entrata in vigore del relativo obbligo con l'art. 4 del decreto legge 1 aprile 2021 n. 44. La pronuncia è supportata proprio da una visione sociale della tutela della salute, stante l'obbligo per il datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza degli altri dipendenti e degli stessi pazienti³⁸.

Questi argomenti non hanno tanto lo scopo di sostenere o meno la legittimità dell'obbligo vaccinale, ma di comprendere come, attraverso una ricostruzione giuridica e giurisprudenziale sul tema, sia possibile indagare la polisemia del diritto alla salute soprattutto nella sua dimensione pubblicistica. Qualificare il diritto alla salute come diritto sociale significa sottolinearne la complessità dei profili di tutela in relazione ai contesti in cui tale tutela è richiesta.

3. Vaccinazione obbligatoria e libertà individuale: un'apparente relazione antitetica

È interessante capire, a questo punto, come le vicende degli ultimi anni, connesse al progresso scientifico, abbiano inciso sulla dimensione della persona e come quest'ultima si trovi a fare i conti con i nuovi problemi posti dal rapporto tra principio di autodeterminazione della persona e sottoposizione della stessa ai trattamenti sanitari.

La pandemia, infatti, ha consentito di ridefinire i confini conoscitivi dei diritti costituzionalmente protetti, fra questi anche del diritto alla salute. In questa prospettiva, la tutela della salute si trasforma in

Belluno e nella quale veniva respinto il ricorso di alcuni operatori sanitari collocati in ferie forzate perché si erano opposti alla vaccinazione anti-covid; sullo stesso tema, si v. la sentenza n. 2467 del 23 luglio 2021 del Tribunale di Modena, Sez. Lav. con la quale è stato dichiarato legittimo il provvedimento di sospensione dal lavoro senza retribuzione adottato da un datore di lavoro di una RSA nei confronti di due lavoratrici che avevano rifiutato il vaccino anti- SARS-Cov2.

³⁸ Per una panoramica sui riflessi della campagna vaccinale nel settore giuslavoristico, si v. M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 2021; C. DELLA GIUSTINA, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra facoltà ed obbligo nel rapporto di lavoro subordinato. Riflessioni giuspubblicistiche*, su *federalismi.it*, 2021, 18; S. GIUBBONI, *Contro la pandemia: obblighi datoriali di sicurezza, tutele sociali, questioni risarcitorie*, in *Politica del Diritto*, 2020, 4, 617 ss.; F. MAINO, F. RAZETTI, *Iniziativa di welfare aziendale, smart working e responsabilità sociale: piccole e grandi organizzazioni di fronte alle sfide del COVID-19*, in *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 2020, 2.

uno sforzo reciproco da parte dei consociati, in un’azione collettiva unitaria³⁹ plasmata sul dovere di solidarietà, valore che dovrebbe ispirare le nuove strutture di cambiamento sociale.

L’art. 32⁴⁰ della Costituzione (che rientra fra i diritti inviolabili della persona)⁴¹ attribuisce, infatti, alla Repubblica il dovere positivo di realizzare le azioni e di organizzare i servizi necessari ad assicurare il diritto alla salute, qualificato come «fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività». Qualificare la salute come fondamentale significa ribadire, da un lato, la sua natura di diritto soggettivo e richiamare, dall’altro, la necessità di assicurare un livello di soddisfazione del diritto al di sotto del quale non si può scendere, neanche in considerazione dei limiti organizzativi e finanziari. La giurisprudenza costituzionale ha ulteriormente chiarito la portata di questa clausola, ribadendo – in una recente pronuncia – che la natura del diritto alla salute si connota, nella sua essenza, proprio per il “necessario temperamento del diritto alla salute del singolo con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l’interesse della collettività”⁴². Il diritto alla salute si apre, in tal senso, alla dimensione dinamico/relazionale⁴³ e diventa un concetto “mobile” – di natura “sociale”⁴⁴ – capace di abbracciare la piena realizzazione di sé stessi e dei propri bisogni psico-fisici purché in armonia con il sistema delineato dai Costituenti⁴⁵. È questa accezione dell’esistenza umana

³⁹ Si v. P.J. PROUDHON, *Idee générale de la Révolution au XIXe siècle*, Paris, 1851, trad. it., *L’idea generale di Rivoluzione nel XIX Secolo*, Firenze, 2000.

⁴⁰ Si rimanda, in materia, ad un contenuto risalente ma che mostra ancora tratti di stringente attualità per la sua impostazione sull’analisi delle sfumature del dettato costituzionale in esame, L. CARLISSARE, *L’art. 32 Cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L’amministrazione sanitaria*, Milano, 1967, 103.

⁴¹ Per approfondire i diritti inviolabili della persona, si vedano, a titolo esemplificativo; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2018; P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2005.

⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 5 del 2018, §. 8.2.1. del *Considerato in diritto*.

⁴³ Sulla dimensione dinamico /relazionale del diritto alla salute – anche alla luce dei nuovi significati recepiti durante il periodo pandemico, mi permetto di rimandare ad un mio recente lavoro, M.C.SPENA, *La protezione del diritto alla salute per i minori stranieri non accompagnati tra integrazione sociosanitaria e profili di tutela*, cit.

⁴⁴ Sull’accezione del diritto alla salute come diritto sociale, si v. E. BALBONI, *Diritti sociali, sanità e prospettive del federalismo*, in G. CORSO, P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, 2009; D. BIFULCO, *L’invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in AA.VV., *Ai confini dello Stato sociale*, Roma, 1995.

⁴⁵ Sulla nozione di salute nella ricostruzione del quadro costituzionale, si v. R. BALDUZ-

che attribuisce una connotazione di senso alla vita biologicamente intesa⁴⁶. Quando le possibilità di autodeterminazione della persona vengono meno si apre il *vulnus* di tutela⁴⁷ e la materia diventa oggetto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Secondi alcuni, infatti, il tema delle vaccinazioni obbligatorie andrebbe analizzato proprio in virtù della vocazione sociale della Costituzione⁴⁸. «È proprio la dimensione comunitaria ad affrancare, in certi casi, la salute dalla circoscritta sfera individuale, così da rendere cogenti forme di intervento fondate sull'interesse generale il quale, a determinate condizioni, può prevalere sull'interesse privato»⁴⁹. In questa prospettiva, la relazione tra obbligatorietà della vaccinazione e libertà dell'individuo andrebbe inserita in quel novero di leggi fortemente ancorate al contesto e suscettibili di diversa valutazione al mutare di esso⁵⁰. In quest'ottica appare ragionevole – in contesti cd. emergenziali – far prevalere la dimensione collettiva del diritto alla salute laddove sembrerebbe impensabile mettere a repentaglio la salute della totalità dei consociati in nome di una libera – ma incontrollata – autodeterminazione del singolo. Per queste ragioni, il perimetro di liceità entro cui si muove la capacità del singolo di decidere per sé stessi – anche in assenza di un obbligo espresso – risente, inevitabilmente, del dovere di solidarietà sociale. L'art. 32 prefigura una tutela del diritto alla salute anche per mezzo di restrizioni della libertà personale proprio in forza della polisemia di significati che lo caratterizzano.

«Il comportamento volontario del cittadino, che si fa carico dei rischi della vaccinazione pur non essendone legalmente obbligato, non si mostra giuridicamente indifferente di fronte ai principi

ZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, vol. 5, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2010.

⁴⁶ F. LOSURDO, *L'ultima scelta. Dogmatiche dell'autodeterminazione e fine vita*, in *Rivista elettronica del centro di documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, in *KOREUROPA*, 2018,12, 3 e ss.

⁴⁷ Cfr. A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *forumcostituzionale.it*, 2017, 3.

⁴⁸ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Costituzione Economia Società*, Bari, Cacucci, 2017, 250 ss.

⁴⁹ Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *Solidarietà, Doveri e Obblighi nelle politiche vaccinali anti covid-19*, in *Rivista AIC*, 2021, 3. In tema si veda anche F. GAMBARDILLA, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà*, in *www.giustizjainsieme.it*, 2021.

⁵⁰ Cfr. Corte costituzionale sentenza n. 5 del 2018. Sul commento alla sentenza, si v. V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 1.

dell'ordinamento costituzionale, in quanto conforme all'atteggiamento di corresponsabilità e di cooperazione civica che scaturisce dal principio di solidarietà⁵¹. Questo possibile atteggiamento del cittadino poggia, però, sul mero “senso di responsabilità” che non può essere elevato a criterio assoluto di risoluzione dei conflitti tra valori costituzionali. Il fatto che la protezione del diritto alla salute determini la contestuale presenza di diritti e doveri rende proprio la realizzazione del diritto fattore legittimante per la restrizione della libertà individuale in contesti legislativamente definiti e ispirati al principio di ragionevolezza⁵². Il comma 2 dell'art. 32, infatti, parla di trattamenti obbligatori determinati, laddove la determinatezza non vuole autorizzare forme indiscriminate di trattamenti obbligatori o coercitivi ma ipotizzare contesti astrattamente idonei all'adozione di misure restrittive della libertà personale senza, però, che questa venga violata⁵³. La garanzia risiede, infatti, nel valore finale positivo (realizzare la salute anche dei soggetti obbligati)⁵⁴ che governa la tutela del diritto alla salute e che riduce la distanza tra obbligatorietà della vaccinazione, da un lato, e libertà dell'individuo, dall'altra.

4. L'attesa pronuncia della Corte costituzionale sull'obbligo vaccinale contro il Covid-19

La complessità della materia vaccinale ha reso sempre più necessario un intervento della Corte costituzionale affinché sia sgombrato il campo da equivoci. Al netto del contenzioso che pure è stato richiamato nel corso del secondo paragrafo, appare opportuno, a questo punto del lavoro, rievocare alcune recentissime pronunce indicative - ad avviso della scrivente - dell'attuale disomogeneità della giurisprudenza in materia e che, al contempo, sottolineano la necessità che la Corte riporti ad ordine il tema.

Il *casus belli* nasce dalla previsione *ex art. 4* del decreto-legge n. 44 del

⁵¹ F. GIUFFRÈ, *La Corte costituzionale in cammino: da un modello casistico all'interpretazione della solidarietà*, in *Giur. cost.*, 1998.

⁵² Sul diritto-dovere di cura dei genitori in relazione all'obbligo vaccinale e dell'interesse 'funzionale' alla tutela del minore, cfr. D. MORANA, *Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in *Diritto e salute*, 2018, 63 ss.

⁵³ Si v. sul tema del rapporto tra libertà di cultura e vaccinazione obbligatoria, un'interessante riflessione di G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Rivista AIC*, 2021, 4.

⁵⁴ Id., *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, 2017, 2.

2021, recante *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*⁵⁵. È stata prevista, per tali categorie, la vaccinazione come “requisito essenziale per la professione e per l’espletamento delle prestazioni lavorative”, a meno che non ricorrano ipotesi in cui la vaccinazione rappresenti, “in relazione a specifiche indicazioni cliniche documentate, un accertato pericolo per la salute” dell’individuo. La *ratio* della norma risiede nella necessità di tutelare la salute pubblica a fronte di un contesto di emergenza sanitaria e, quindi, di naturale prevalenza della dimensione sociale e collettiva del diritto alla salute, senza però negare o annullare *ex abrupto* la soglia di protezione del soggetto. Questa previsione è stata, però, oggetto di successive modificazioni (in ultimo, ad opera dell’art. 8 del decreto legge 24 marzo 2022 n. 24) che hanno esteso l’ambito dell’obbligo sul piano sia temporale che soggettivo. L’obbligo, infatti, graverà sugli esercenti le professioni sanitarie e sugli operatori di interesse sanitario fino al 31 dicembre 2022 (la *deadline* originariamente prevista era del 31 dicembre 2021) ed è stato esteso, “a decorrere dal 15 febbraio 2022, anche agli studenti dei corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini pratico-valutativi finalizzati al conseguimento dell’abilitazione all’esercizio delle professioni sanitarie” (art. 4) nonché a “tutti i soggetti, anche esterni, che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie, incluse le strutture semiresidenziali e le strutture che, a qualsiasi titolo, ospitano persone in situazione di fragilità” (art. 4-*bis*).

Le pronunce che si sono susseguite negli ultimi mesi e che costituiscono atti di promovimento alla Corte costituzionale idonei ad instaurare uno scrutinio di legittimità, hanno in comune la messa in discussione di due temi principali: la proroga *ex lege* dell’obbligo vaccinale, l’inasprimento delle conseguenze sanzionatorie per il soggetto obbligato inadempiente (l’atto di accertamento dell’inadempimento dell’obbligo vaccinale determina l’immediata sospensione dall’esercizio della professione sanitaria con previsione, altresì, che per il periodo di sospensione non siano dovuti né la retribuzione né altro compenso o emolumento).

Tra le questioni attualmente pendenti dinanzi alla Corte⁵⁶, si ricor-

⁵⁵ In tema si veda D. DONATI, *La legittimità dell’obbligo vaccinale per gli operatori sanitari*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 2.

⁵⁶ Si veda, nel dettaglio, la sezione Questioni pendenti del sito della Corte costituzio-

dino, da ultimo e meramente a titolo esemplificativo: l’ordinanza del TAR Lombardia, Milano del 16 giugno 2022 che ha sollevato questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione, dell’art. 4, co. 5, del decreto legge n.44 del 2021 (così come modificato dall’art. 1, comma 1, lett. b del decreto legge n. 172 del 2022). È stata contestata, nel caso di specie, l’omessa previsione, a fronte del prolungamento dell’obbligo vaccinale per il personale sanitario sino al 31 dicembre 2022, di adeguate misure di sostegno volte a soddisfare i bisogni primari dell’individuo. Si ricordi, altresì, l’ordinanza del Tribunale di Brescia del 31 maggio 2022 che ha rimesso la questione alla Corte, per violazione degli artt. 3 e 4 della Costituzione, relativa all’illegittimità dell’art. 4, co. 7, del decreto legge n. 44 del 2021 (così come modificato dall’art. 1, comma 1, lett. b del decreto legge 172 del 2022)⁵⁷. Il Tribunale ha asserito la violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità e la lesione del diritto al lavoro perché la norma in questione non estende al personale sanitario che, per una libera scelta individuale, si sia astenuto dalla vaccinazione la possibilità di ricoprire mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione. Questa ipotesi è prevista, infatti, solo laddove l’omessa vaccinazione o il differimento della stessa sia comprovato da evidenze scientifiche documentate che accertino il rischio per la salute dell’individuo. Sulla stessa linea tematica anche il Tribunale di Padova del 28 aprile 2022 ha contestato una violazione non solo dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e autodeterminazione della persona ma anche dei canoni *ex* art. 52, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Il Tribunale ha sostenuto, infatti, che, a fronte dell’estensione dell’obbligo vaccinale, si pone in contrasto con il principio di proporzionalità “l’omessa previsione, in alternativa all’obbligo vaccinale, della possibilità per il lavoratore di sottoporsi indifferentemente al test molecolare, al test antigenico da eseguire in laboratorio, oppure al test antigenico rapido di ultima generazione, per la rilevazione di SARS-CoV-2, anche presso centri privati, ogni 72 ore nel primo caso e ogni 48 ore nel secondo caso”. Emblematica, in tal senso, è pure la pronuncia del Tribunale di Firenze del 6 luglio 2022: destinata a creare non poco scalpore, la decisione

nale, www.cortecostituzionale.it.

⁵⁷ Tribunale ordinario di Brescia, ordinanza del 31 maggio 2022, vaccinazioni anti SARS-CoV-2 - Previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, gazzettaufficiale.it, n.27 del 6 luglio 2022.

della sezione civile del Tribunale fiorentino, con decreto d'urgenza, ha reintegrato all'esercizio della professione una psicologa non vaccinata assumendo come motivazione la scarsa efficienza, sul piano della sicurezza sociale, dei vaccini.

Lo scopo di queste riflessioni non è entrare nel merito di questioni di natura meramente giuslavoristica, ma interrogarsi sull'opzione politica che soggiace alla previsione normativa. «Non si tratta di violare la libertà del lavoratore-cittadino di non vaccinarsi, bensì di prendere atto che la persona non può sdoppiarsi, sicché inevitabilmente alcune sue vicende o scelte della sua vita privata possono incidere negativamente sul rapporto di lavoro, sia per quanto riguarda il funzionamento dell'organizzazione, sia per quanto riguarda i requisiti soggettivi del lavoratore stesso»⁵⁸. Nelle pronunce giurisprudenziali poc'anzi richiamate, infatti, viene sollecitata una riflessione sul parametro che la giurisprudenza costituzionale ha individuato nel tempo come soglia in forza della quale possa definirsi legittima la compressione della libertà di autodeterminazione del soggetto e con essa della sfera di diritti che intorno ad essa gravitano. La ragionevolezza del parametro⁵⁹ dipende dalla capacità di individuare delle situazioni di rischio per la collettività tali da rendere illegittima la scelta del soggetto di non adeguarsi all'obbligatorietà del trattamento sanitario legislativamente predeterminato. Si è ampliato, cioè, lo spazio di discrezionalità da parte degli organi giurisdizionali che trasforma la pronuncia giurisprudenziale in una pronuncia sul contenuto politico dell'atto, nonostante esso sia supportato dall'«opinione qualificata della comunità scientifica»⁶⁰ (OMS-Organizzazione Mondiale della Sanità, EMA-Agenzia Europea per i Medicinali, AIFA-Agenzia Italiana del farmaco)⁶¹. La questione intorno all'ob-

⁵⁸ C. PISANI, *La disciplina della sospensione dei lavoratori non vaccinati*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, 2.

⁵⁹ Per un approfondimento sul tema, si v. D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1; F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020, 32; M. C. D'ARIENZO, *Al di là del nesso autorità/libertà: i recenti sviluppi della politica vaccinale italiana alla prova dei fatti e nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa tra diritto alla salute pubblica, rischi per la salute individuale, garanzia ed effettività dei diritti fondamentali ed equilibrio economico-finanziario*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 2.

⁶⁰ Si v. G. GEMMA, *Vaccinazioni facoltative: un esempio di irragionevolezza legislativa*, in *Quad. cost.*, 2015, 1017 ss.

⁶¹ Cfr. sul difficile rapporto tra scienza e diritto: S. TROILO, *Come decide la Corte costituzio-*

bligio vaccinale non sta solo mettendo alla prova i diritti ma, alla luce di questa oramai consolidata tendenza giurisprudenziale, anche il rapporto tra poteri dello Stato.

Dinanzi a questa assoluta disomogeneità di contenuti, appare quanto mai necessario un intervento chiarificatore della Corte costituzionale che dovrebbe riunirsi, salvo modifiche *in itinere*, il prossimo 29 novembre 2022 proprio per rispondere alle numerose sollecitazioni relative ai profili di legittimità dell’attuale normativa sull’obbligo vaccinale anti-Covid.

5. Riflessioni conclusive

La ricognizione fin qui svolta non mira soltanto a rendere noti dati in materia di legittimità dell’obbligo vaccinale ma a ricondurre sul piano dei principi un tema dai risvolti molto complessi e, a tratti, contraddittori. Si tratta di definire lo spazio all’interno del quale la compressione delle libertà fondamentali diventa funzionale alla vocazione sociale della Costituzione, nella misura in cui il benessere della collettività diventa presupposto necessario per la tutela del singolo. In questo contesto l’intrinseca forza espansiva del diritto alla salute evidenzia le tensioni che possono sorgere nel bilanciamento tra beni di rilievo primario ed altri interessi di carattere sociale ed economico che stanno assumendo sempre maggior rilevanza nella giurisprudenza europea e nazionale. Infatti, nell’ambito della tutela della salute, la pervasività progressivamente crescente degli interventi dell’Unione Europea, rispetto anche alle politiche nazionali, si è manifestata in numerosi interventi volti a sottolineare l’urgenza di “investire” in salute, oltre che in campo sanitario strettamente inteso, attraverso attività mirate di pianificazione e prevenzione⁶².

nale dinanzi a questioni “tecniche”: la materia sanitaria, in M. LOSANA, V. MARCENÒ (a cura di), *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni “tecniche”. Incontri sulla giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2020, 183 ss. B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw Journal – rivista di BioDiritto*, 2019, 3; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L’incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, spec. 59 ss; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. 143 ss.

⁶² Si osservi, ad esempio, che le previsioni normative europee per il contenimento e la riduzione delle emissioni inquinanti rilevano non solo per i profili di tutela dell’ambiente, ma pure in riferimento al bilanciamento fra tutela dell’ambiente ed altri interessi, come la salute, la libertà di iniziativa economica o la tutela della concorrenza. Sulla

La strategia di elevare la salute a fattore capace di condizionare i contenuti delle politiche adottate a livello comunitario risulta fortemente coerente con l'impostazione che è stata consolidata, nel tempo, anche dalla giurisprudenza costituzionale italiana. Il Giudice delle leggi più volte ha precisato che la tutela della salute, come quella dell'ambiente, non assume valore assoluto rispetto a qualunque altro interesse, ma deve essere oggetto di un ragionevole bilanciamento, dove il punto di equilibrio proprio perché dinamico «deve essere valutato – dal Legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»⁶³. Criteri che nel caso di cui ci si occupa impongono la doverosa valutazione di tutti gli aspetti rilevanti, incluse la considerazione dei dati scientifici disponibili ed una ponderazione “procedimentalizzata” degli interessi in gioco in relazione

natura trasversale della tutela della salute nel diritto dell'Unione Europea e il relativo riparto di competenze si v. S. PENASA, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2018, 3, 75. L'A. evidenzia che, sebbene il TFUE non attribuisca all'Unione Europea una competenza generale in materia di salute, all'art. 9 e all'art. 168 individua gli ambiti di intervento diretto in materia sanitaria sui quali possono insistere le fonti europee. Lo scopo è il completamento delle politiche nazionali in materia di salute da un lato e l'armonizzazione delle normative nazionali dall'altro, grazie alla previsione ex art. 114.

⁶³ Si v. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, Considerato in diritto, punto 9.

al principio di precauzione⁶⁴ e ad una sua ponderata applicazione⁶⁵. Per queste ragioni, le previsioni legislative in materia di salute non possono fondarsi sull’esercizio della pura discrezionalità politica, bensì devono tenere conto dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite organismi indipendenti dotati di specifiche competenze⁶⁶.

Michel Foucault, già nel 1963 osservava che la certezza nella medicina si costruisce non a partire dalla individualità completamente osservata, ma da una molteplicità interamente percorsa di fatti individuali⁶⁷. L’imperativo della salute – scrive Foucault – è allo stesso

⁶⁴ Le misure adottate durante il periodo pandemico hanno mostrato, tutta la debolezza, già in passato evidenziata in dottrina, del principio di precauzione come “regola per decidere”, si v. in materia: G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico istituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2021, 1, 83-126; F. FOLLIERI, *Precauzione, prevenzione e legalità nell'emergenza da Covid-19*, *Persona e amministrazione*, 2020, 2; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, IN AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 114 ss.; P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *Federalismi.it*, 2011, 25; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005. Si consideri, peraltro, sul piano ermeneutico che il Consiglio di Stato, con la sentenza del 27 dicembre 2013 n.6250, (in *Urbanistica e appalti*, 5, 2014, 551 ss. con nota di G. MANACO, *Dal Consiglio di Stato quasi un 'decalogo' sul principio di precauzione*) ha statuito che per una corretta applicazione di tale principio occorre procedere attraverso «un percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi/carattere necessario delle misure adottate» precisando che «da valutazione dei rischi di cui dispongono le autorità riveli indizi specifici i quali, senza escludere l’incertezza scientifica, permettono di ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili, che risultano maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l’attribuzione di tali misure è necessaria al fine di evitare pregiudizi all’ambiente o alla salute»; cfr. Cons. Stato, 14 aprile 2016 n.1509, in *Foro amministrativo*, 4, 2016, 812 ss.

⁶⁵ Ciò perché in virtù dell’applicazione del principio di precauzione si potrebbero utilizzare dei risultati scientifici idonei a legittimare l’adozione di una misura restrittiva che si manifesti successivamente priva di effetti positivi e contraria agli interessi della collettività, con conseguenti azioni risarcitorie. Si v., in tal senso, A. GUSMAL, *Lo stato di emergenza ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *Dirittifondamentali.it.*, 2020, 8.

⁶⁶ Sul rapporto di strumentalità del sapere scientifico rispetto alla tutela di diritti fondamentali, si vedano le seguenti sentenze della Corte costituzionale: n. 282 del 2002; n. 151 del 2009; n. 162 del 2014 in materia di procreazione medicalmente assistita; sentenza n. 274 del 2014 sul “caso Stamina” e la sentenza n. 5 del 2018 relativa alla legge n. 119 del 2017. Si rinvia inoltre, sul piano della dottrina, R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 1 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018.

⁶⁷ M. FOUCAULT, *Nascita della clinica. Un’archeologia dello sguardo clinico*, 1963, pubblicato da

tempo dovere di ciascuno e obiettivo di tutti. La lotta per la salute è lotta per la dignità umana, per la libertà e l'equità. La soluzione all'emergenza Covid non si troverà solo nei laboratori, ma anche mediante una visione politica globale di come si voglia tutelare la collettività, attraverso un approccio multidisciplinare e integrato fra campi differenti del sapere. Alla luce delle considerazioni fin qui svolte sembrerebbe, quindi, che «le misure necessarie per far fronte a gravi emergenze sanitarie, come le epidemie (ma non solo quelle), impongano una riflessione che investa i fondamentali del regime democratico e l'esigenza di contrastare una perniciosa deriva anarco-individualistica di quest'ultimo anche sul piano politico-culturale»⁶⁸.

Einaudi in Italia nel 1969.

⁶⁸ G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, cit., 358.