

Benedetta Liberali

Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano

Assistente di studio presso la Corte costituzionale.

VACCINI ANTI-COVID FRA OBBLIGO E RACCOMANDAZIONE: PROBLEMATICHE ATTUALI E PROSPETTIVE FUTURE

SOMMARIO: 1. Vaccinazioni contro il Covid-19: quali problemi 2. Obbligo o raccomandazione: profili di analogia e di differenza fra le due tecniche 2.1. Il passaggio dalla tecnica della raccomandazione a quella dell'obbligo: quali ragioni 2.2. ...e quale fonte del diritto, anche in relazione all'individuazione dell'ordine di priorità delle categorie destinatarie della somministrazione 3. L'obbligo di vaccinazione per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie 4. Verso un vero e proprio "passaporto" o "certificato" vaccinale?

1. Vaccinazioni contro il Covid-19: quali problemi.

L'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del virus Covid-19 ha condotto alla rapida conclusione di diverse procedure di validazione dei relativi vaccini.

A fronte delle caratteristiche della pandemia di ordine sia quantitativo (relativo al grado di contagiosità, anche alla luce delle molteplici mutazioni dello stesso virus) sia qualitativo (tenendo conto delle differenti conseguenze prodotte dal contagio) ci si è posti il centrale interrogativo intorno all'introduzione dell'obbligo o all'avvio di una capillare campagna di informazione che renda la vaccinazione raccomandata per tutta la popolazione o solo per alcune categorie specificamente individuate sulla base del grado di rischio di contagio e di decorso della malattia.

A simile scelta in ordine alle tecniche di somministrazione (obbligo o raccomandazione) restano sottese una molteplicità di profili problematici, che attengono innanzitutto alla concezione del "rapporto tra individuo e autorità sanitarie pubbliche"¹ che esse esprimono e al conseguente diverso bilanciamento fra i diritti alla salute e all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, oltre che – se si considera il personale medico e sanitario – il diritto al lavoro.

Vengono in rilievo, inoltre, gli indici che permettono di individuare le categorie di soggetti cui riservare la vaccinazione obbligatoria o solo raccomandata e, di conseguenza, anche la possibilità di riconoscere, in ragione del "comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale"², il diritto all'indennizzo in caso di menomazioni fisiche o psichiche secondo quanto dispone per le vaccinazioni obbligatorie la legge n. 210 del 1992 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a*

¹ Corte cost., sentenza n. 268 del 2017, sulla quale si vedano le considerazioni svolte da L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, I, p. 375 ss.

² Corte cost., sentenza n. 268 del 2017.

causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati) e solo per alcune di quelle raccomandate specifiche decisioni della Corte costituzionale³.

In stretta correlazione a tale ultimo profilo, si pone peraltro una più generale criticità connessa al necessario confronto che la scelta fra obbligo e raccomandazione impone rispetto alla limitazione non solo delle risorse economiche, ma anche del personale sanitario preposto alla somministrazione dei vaccini, della produzione e dell'approvvigionamento (e del trasporto) di questi ultimi.

Inoltre, la validazione di differenti vaccinazioni, come è noto, ha posto e pone ulteriori profili di criticità connessi al rispettivo grado di affidabilità e all'individuazione delle categorie di soggetti a cui somministrare l'uno o l'altro vaccino⁴, oltre che numerosi interrogativi circa la possibile configurazione di un vero e proprio "passaporto vaccinale", a cui possono in astratto essere ricondotte una serie eterogenea di finalità⁵.

Nella prospettiva di individuare una possibile composizione delle sopra accennate complesse problematiche, non mancheranno anche riflessioni di più ampio respiro che attengono, in generale, al centrale rapporto fra il legislatore (statale e regionale), la scienza (e la sua evoluzione) e il sindacato costituzionale (e i suoi limiti)⁶. Le problematiche sottese alla definizione di una certificazione sanitaria connessa allo stato di salute legato al Covid-19, inoltre, in modo specifico condurranno inevitabilmente a ricomprendere nella prospettiva di riflessione anche la dimensione sovranazionale.

2. Obbligo o raccomandazione: profili di analogia e di differenza fra le due tecniche.

Il primo profilo problematico che si pone a fronte della sperimentazione e della validazione di una serie di diversi vaccini contro il Covid-19 attiene innanzitutto, come si è accennato, alla scelta fra la tipologia di tecnica che si intende adottare per la loro somministrazione.

Se pure le dimensioni quantitative dell'impatto del contagio e delle sue conseguenze sembrerebbero condurre – anche alla luce della giurisprudenza costituzionale – a ritenere del tutto ragionevole un intervento normativo volto a rendere obbligatorio il trattamento di vaccinazione per tutta la popolazione, occorre soffermarsi sulla specifica natura dei due approcci che l'ordinamento potrebbe adottare, fermo restando che, finora, la tecnica adottata resta quella della raccomandazione nei confronti della popolazione in generale e dell'obbligo – come si vedrà specificamente oltre – per una serie di soggetti che esercitano la professione nell'ambito delle cure mediche e sanitarie.

³ Si vedano al riguardo Corte cost., sentenze nn. 27 del 1998, 423 del 2000, 107 del 2012 e 268 del 2017, oltre che, da ultimo, n. 118 del 2020, a commento della quale si rinvia a D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, I, p. 233 ss.

⁴ Sulle problematiche sottese è intervenuto anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, con la mozione *Urgenza vaccinale: aspetti bioetici*, 12 marzo 2021, con cui si è sottolineata la necessità etica di garantire equità nelle modalità di accesso e di distribuzione dei vaccini, di individuare criteri uniformi e univoci a livello nazionale, di incrementare nel nostro ordinamento le industrie farmaceutiche disponibili alla produzione delle vaccinazioni contro il Covid-19, di migliorare la stessa organizzazione nella loro distribuzione e di pubblicare i dati relativi all'incidenza del Covid-19 che possano essere utili per contrastarne la diffusione.

⁵ Rispetto a questo profilo, pur rinviando alle successive e più ampie osservazioni, si può richiamare fin da ora il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica *Passaporto, patentino, green pass nell'ambito della pandemia Covid-19: aspetti bioetici*, 30 aprile 2021.

⁶ Sia consentito il rinvio alle considerazioni già svolte in B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2019, III, p. 115 ss., anche in relazione al riparto di competenze fra Stato e Regioni in materia.

E, infatti, l'obbligo e la raccomandazione, pur potendo evidentemente condurre a risultati differenti in punto di grado di copertura ottimale, rispecchiano una differente concezione del rapporto fra singolo e autorità pubbliche sanitarie, che si riflette inevitabilmente sul conseguente bilanciamento fra i diritti che vengono in rilievo.

Come ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza n. 268 del 2017, infatti, “la tecnica dell'obbligatorietà (prescritta per legge o per ordinanza di un'autorità sanitaria, come si esprime la disposizione censurata) e quella della raccomandazione [...] possono essere sia il frutto di concezioni parzialmente diverse del rapporto tra individuo e autorità sanitarie pubbliche, sia il risultato di diverse condizioni sanitarie della popolazione di riferimento, opportunamente accertate dalle autorità preposte”. Certamente, nel caso dell'obbligo, “la libera determinazione individuale viene diminuita”, soprattutto laddove la sua violazione sia accompagnata da una sanzione.

Più in generale, però, non si può ritenere che l'introduzione di un trattamento sanitario obbligatorio si ponga in contrasto con la Costituzione, soprattutto laddove vengano in rilievo considerazioni che, pure rimesse alla discrezionalità delle autorità sanitarie pubbliche, si fondano su “obiettive e riconosciute esigenze di profilassi”.

Secondo la stessa Corte costituzionale, non è configurabile alcuna violazione dell'art. 32 Cost., “se il trattamento obbligatorio sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche quello degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione dell'autodeterminazione del singolo”⁷.

Nel caso della raccomandazione, invece, l'ordinamento preferisce affidarsi “all'adesione degli individui a un programma di politica sanitaria”, esprimendo una “maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale (o, nel caso di minori, alla responsabilità dei genitori) e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute”. In ogni caso, però, simile tecnica mira a raggiungere lo “scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo”⁸.

E proprio in simile caratteristica si esprime il carattere che accomuna – ed è questo il profilo di maggior rilievo che interessa sottolineare – l'obbligo e la raccomandazione: entrambi, infatti, perseguono l'obiettivo comune ed essenziale nella profilassi delle malattie infettive che consiste nella garanzia e nella tutela della salute non solo individuale, ma anche collettiva, “attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale”⁹.

In tale prospettiva, allora, non vi sarebbe, per la Corte costituzionale, alcuna differenza di tipo qualitativo fra i due approcci, essendo l'obbligatorietà del trattamento vaccinale “semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione”. In tal modo l'ordinamento e i singoli individui realizzano “l'obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia indipendentemente dall'esistenza di una loro specifica volontà di collaborare”¹⁰.

⁷ Corte cost., sentenza n. 268 del 2017, che richiama alcuni propri precedenti, ossia sentenze n. 107 del 2012, n. 226 del 2000, n. 118 del 1996, n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990.

⁸ Corte cost., sentenza n. 268 del 2017.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

Ciò che più conta, inoltre, è la circostanza che sia, in fondo, “del tutto irrilevante, o indifferente, che l’effetto cooperativo sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all’intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito”¹¹.

È opportuno sottolineare che l’individuazione da parte della Corte di tale carattere omogeneo quanto alla finalità che obbligo e raccomandazione mirano a raggiungere (e raggiungono di fatto) è funzionale esclusivamente al riconoscimento del diritto di indennizzo che, già espressamente previsto dalla citata legge n. 210 del 1992 per le sole vaccinazioni obbligatorie, è stato esteso anche ad alcune vaccinazioni (solo) raccomandate che hanno formato oggetto di questioni di legittimità costituzionale.

Tale scopo comune, che rende omogenee le due tipologie di somministrazione al fine del riconoscimento del diritto di indennizzo, peraltro, viene confermato dalla Corte nella successiva sentenza n. 5 del 2018, relativa all’introduzione dell’obbligo di dieci vaccinazioni per i minori di sedici anni. In quella occasione, infatti, la Corte rileva come certamente il “vincolo giuridico” si sia fatto “più stringente: ciò che in precedenza era raccomandato, oggi è divenuto obbligatorio”¹². Ai fini della valutazione di ragionevolezza di tale cambio di tecnica di somministrazione, però, occorre tenere conto che “nell’orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici”¹³.

E, infatti, secondo la Corte da un lato in ambito medico “raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo”; dall’altro pur in presenza dell’obbligo “il legislatore in sede di conversione ha ritenuto di dover preservare un adeguato spazio per un rapporto con i cittadini basato sull’informazione, sul confronto e sulla persuasione”¹⁴.

2.1. Il passaggio dalla tecnica della raccomandazione a quella dell’obbligo: quali ragioni...

Nella prospettiva di tentare di fornire una risposta al primo interrogativo di fondo, ossia quello relativo all’opportunità o necessità di introdurre l’obbligo o la raccomandazione per le vaccinazioni contro il Covid-19, occorre ancora riferirsi alla giurisprudenza della Corte costituzionale con specifico riguardo, questa volta, all’orientamento espresso in punto di legittimità del ricorso alla decretazione d’urgenza per introdurre nel nostro ordinamento l’obbligo di alcune vaccinazioni per i minori di sedici anni.

Con il decreto-legge n. 73 del 2017 (*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci*), come è noto, si è resa obbligatoria la somministrazione di dieci vaccinazioni, ponendo una serie di profili problematici intorno al bilanciamento fra i diversi diritti in rilievo. Al riguardo, si pensi non solo alla dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute connesso alla specifica malattia legata alla vaccinazione, ma anche alla libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche (artt. 2, 13 e 32 Cost.), al diritto

¹¹ Corte cost., sentenza n. 107 del 2012, richiamata puntualmente da Corte cost., sentenza n. 268 del 2017.

¹² Corte cost., sentenza n. 5 del 2018.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

all'istruzione (art. 34 Cost.) e al dovere e diritto di cura dei genitori nei confronti dei figli (art. 30 Cost.)¹⁵.

La Corte, con la sentenza n. 5 del 2018, benché si trattasse di un giudizio in via principale, si sofferma in modo se pure conciso su tali profili di merito. In particolare, rileva che “i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.), anche l'interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell'esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore”. Il bilanciamento fra questi principi, certamente, “lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo”¹⁶.

Ed è proprio nella sfera di discrezionalità, pure riconosciuta al legislatore, che il sindacato della Corte costituzionale può inserirsi, tenendo conto delle “condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [...], e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica”¹⁷.

Il ricorso alla decretazione d'urgenza consente alla Corte, nel dichiarare l'infondatezza della relativa questione sollevata rispetto all'art. 77, secondo comma, Cost., di valorizzare una serie di indici dai quali si trae la sussistenza dei suoi presupposti, compreso il contesto in cui si inserisce lo stesso intervento normativo, ossia “una tendenza al calo delle coperture vaccinali”. Proprio il rilievo della bassa copertura vaccinale raggiunta con la sola raccomandazione con conseguente rialzo dei dati delle relative malattie può condurre legittimamente ad adottare la tecnica dell'obbligo anziché quella della raccomandazione.

In modo significativo, la Corte costituzionale sottolinea che, a “fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro”, rientra nella discrezionalità politica la valutazione intorno all’“urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione”¹⁸.

In questo specifico contesto, d'altronde, assume rilievo un ulteriore passaggio della motivazione della sentenza n. 5, laddove si rileva che “la copertura vaccinale è strumento di prevenzione e richiede di essere messa in opera indipendentemente da una crisi epidemica in atto”¹⁹.

¹⁵ Sul profilo relativo al rapporto fra responsabilità genitoriale e tutela dei figli nella specifica materia delle vaccinazioni si veda L. PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, “potestà” genitoriale e tutela del minore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, VI, p. 3139 ss., oltre che, volendo, B. LIBERALI, *(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli ‘ossimori costituzionali’ nella cura dei figli*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, III, p. 14 ss.

¹⁶ Corte cost., sentenza n. 5 del 2018.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*. Nella motivazione della decisione, però, non mancano passaggi problematici, laddove in particolare si ritiene ragionevole il sistema di monitoraggio, in particolare relativo all'andamento delle coperture vaccinali, che potrebbe far tornare

La Corte, quindi, ha ritenuto legittimo il ricorso alla decretazione d'urgenza che presuppone la sussistenza di situazioni di straordinaria necessità e urgenza, riconoscendo la possibilità per il Governo e per il Parlamento di “intervenire prima che si verifichino scenari di allarme e decidere – a fronte di una prolungata situazione di insoddisfacente copertura vaccinale – di non attendere oltre nel fronteggiarla con misure straordinarie”²⁰.

A fronte dell'attuale contesto sanitario – che ormai perdura da oltre un anno – da queste considerazioni della Corte – pure riferite a una ben diversa iniziativa del Governo che si inseriva in un altrettanto ben diverso contesto epidemiologico – sembra derivare una risposta chiara in ordine alla legittimità di un intervento normativo diretto a configurare un obbligo di somministrazione dei vaccini contro il Covid-19.

La tecnica dell'obbligo, come si è già accennato, è stata adottata con il decreto-legge n. 44 del 2021 (*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*)²¹ con esclusivo riferimento a una specifica – se pur ampia ed eterogenea – categoria di soggetti, ossia “gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali” (art. 4), mentre per la restante popolazione, come altrettanto noto, è stata avviata ed è attualmente in corso una campagna di vaccinazione raccomandata, attraverso l'individuazione di criteri di priorità spesso messi in discussione e modificati alla luce delle nuove risultanze scientifiche rispetto alle reazioni avverse registrate rispetto ad alcuni vaccini.

2.2. ...e quale fonte del diritto, anche in relazione all'individuazione dell'ordine di priorità delle categorie destinatarie della somministrazione.

La perdurante emergenza sanitaria, peraltro, ha posto in evidenza un complesso rapporto fra Stato e Regioni nella gestione della pandemia, con sovrapposizione di interventi normativi e conseguenti problematiche che si sono riverberate sulla stessa efficacia delle misure contenitive del contagio e poste a tutela dei diritti fondamentali²².

a un regime di mera raccomandazione. Secondo la Corte, in particolare, tale “elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, denota che la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso” (si veda su questo punto specifico B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate*, cit., p. 125 ss.).

²⁰ Corte cost., sentenza n. 5 del 2018.

²¹ Per prime osservazioni al decreto-legge n. 44, con riguardo a diversi profili, si veda G. GRASSO, *Tre spunti di riflessione per l'Andizione parlamentare sul disegno di legge n. 2167 (d-l 44/2021 – misure contenimento COVID-19)*, presso la 1a Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica, 20 aprile 2021, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, III, p. 52 ss.

²² Sulle sottese e molteplici problematiche, si rinvia, fra i molti, innanzitutto a B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 2020, VI, p. iv ss., M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, II, p. 16 ss., E. RAFFIOTTA, *Limitare la libertà per ragioni di sicurezza, la Costituzione dice sì*, in *ilSussidiario.net*, 25 marzo 2020, oltre che A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Special Issue*, 2020, I, p. 7 ss., G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.eu*, 10 aprile 2020, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Giurcost.org*, 2020, I, p. 210 ss., S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Giurcost.org*, 2020, 1 ss., M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, ivi, p. 1 ss., F. SORRENTINO, *A proposito dell'emergenza coronavirus*, ivi, p. 1

In simile contesto, pur tenendo conto delle diverse materie che vengono in rilievo, pare pacifico attribuire, ancora una volta alla luce degli interventi della Corte costituzionale in materia, alla competenza esclusiva statale la regolamentazione non solo delle misure atte a contenere il contagio, ma anche, di conseguenza, quella relativa alla scelta circa l'obbligo o la raccomandazione della vaccinazione.

In materia di trattamenti vaccinali vengono in rilievo molteplici titoli di competenza. Si pensi innanzitutto alla tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.) e alla profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lett. q, Cost.), così come alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, secondo comma, lett. m, Cost.), alle norme generali sull'istruzione (art. 117, secondo comma, lett. n, Cost.) e all'istruzione (art. 117, terzo comma, Cost.).

Con la sentenza n. 5 del 2018 la Corte costituzionale ha chiarito che, dinnanzi “a un intervento fondato su tali e tanti titoli di competenza legislativa dello Stato, le attribuzioni regionali recedono, dovendosi peraltro rilevare che esse continuano a trovare spazi non indifferenti di espressione, ad esempio con riguardo all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni”²³.

In linea di continuità con tale impostazione, la Corte costituzionale si è peraltro espressa con specifico riferimento alla diffusione del contagio da Covid-19, nell'ambito di un giudizio in via principale relativo alla legge della Regione Valle d'Aosta n. 11 del 2020 (*Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza*) avente a oggetto, fra gli altri profili di censura, anche quelli relativi all'art. 117, secondo comma, lett. m), q) e h), e terzo comma, Cost. (determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, profilassi internazionale, ordine pubblico, principi fondamentali in materia di tutela della salute).

In particolare, con la sentenza n. 37 del 2021 – ribadendo quanto affermato nell'ordinanza sospensiva n. 4 del 2021 – la Corte ha riconosciuto che la regolamentazione della legge censurata ricade nella competenza legislativa esclusiva statale della profilassi internazionale, che comprende “ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla”. A fronte del rilievo internazionale della malattia determinata dal Covid-19, che ha condotto l'Organizzazione mondiale della sanità a dichiarare lo stato di emergenza di sanità pubblica indirizzando raccomandazioni a tutti gli Stati, la Corte sottolinea che la profilassi internazionale riguarda “norme che garantiscano «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in

ss., U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Oss. fonti*, 2020, fasc. speciale *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza covid-19*, p. 299 ss., P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, ivi, p. 295 ss., E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, ivi, p. 641 ss., R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Giurcost.org*, 2020, III, p. 513 ss., P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Oss. fonti*, 2020, II, p. 689 ss., A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Giurcost.org*, 2020, II, p. 255 ss., e M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, III, p. 174 ss.

In particolare, sulle ordinanze in materia sanitaria di cui all'art. 32 della legge n. 833 del 1978 si rinvia per tutti a E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, p. 90 ss.

²³ Corte cost., sentenza n. 5 del 2018.

sede internazionale e sovranazionale»”. Peraltro, è altresì evidente come le caratteristiche della pandemia impongano “collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno”, poiché “ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali”. La Corte, in modo significativo, riconosce che tale competenza statale non presenta neppure tratti di trasversalità: la materia della “profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina”²⁴.

Poiché, quindi, ogni decisione in merito alla gestione della diffusione del contagio ha effetti “a cascata [...] sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla”, si impone l’esigenza logica e giuridica di garantire una disciplina unitaria a livello nazionale: “Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali”²⁵.

Un ulteriore profilo significativo della decisione, ai fini che in questa sede maggiormente interessano, riguarda l’individuazione delle misure che rientrano nella medesima sfera di competenza statale: non solo, infatti, le misure di quarantena e le ulteriori restrizioni; l’approccio terapeutico e i criteri e i modi di rilevamento del contagio, oltre che la raccolta e l’elaborazione dei relativi dati; ma anche “l’approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi”²⁶.

Come mostra, al contrario, la concreta prassi applicativa, si è assistito a una non irrilevante differenziazione nell’attuazione del piano nazionale di vaccinazione contro il Covid-19 da parte delle Regioni, con indubbi riflessi sulla stessa garanzia del diritto alla salute, oltre che del principio di non discriminazione²⁷. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 37 del 2021, peraltro, aveva tenuto a

²⁴ Corte cost., sentenza n. 37 del 2021. Con specifico riguardo al tema della trasversalità, B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d’Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021, p. 4, osserva che la Corte ha “altresì preferito evitare la trappola delle materie trasversali, pur evocata in dottrina, giacché le materie trasversali comportano troppe ambiguità: il coordinamento, in una fase di crisi, va gestito direttamente dal titolare della materia, senza necessità di troppi vincoli”.

Si veda anche C. CARUSO, *Il regionalismo antarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questionegiustizia.it*, 13 aprile 2021, p. 4, laddove sottolinea che la decisione della Corte non costituisce certamente “un esplicito attestato di costituzionalità della catena normativa predisposta dallo Stato, ma certo il messaggio risuona forte e chiaro: il legislatore nazionale ha piena discrezionalità politica nella scelta del mezzo normativo ritenuto idoneo ad affrontare il contesto emergenziale”, oltre che G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum costituzionale*, 2021, II, p. 88 ss., e M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta.org*, 2021, I, p. 329 ss.

A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni: quale lezione trarre riguardo al sistema delle autonomie?*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2021, I, p. 6, sottolinea, con riferimento all’ordinanza sospensiva n. 4 del 2021 della Corte costituzionale, che l’emergenza «impone [...] un accentramento dei poteri normativi e della *governance*, ma anche un’intensa attività di coordinamento dei vari livelli territoriali di governo».

²⁵ Corte cost., sentenza n. 37 del 2021.

²⁶ Corte cost., sentenza n. 37 del 2021. Si vedano le critiche osservazioni di L. VIOLINI, *Il virus, il vaccino e il nuovo anno: centralizzazione, differenziazione e la leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2020, V, p. 1014, che si sofferma sulle modalità di gestione accentrata del processo di vaccinazione, anche con riguardo allo specifico profilo del settore degli acquisti di materiale di supporto alle vaccinazioni e di altri materiali.

²⁷ A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni*, cit., p. 7, già rilevava che l’andamento della campagna vaccinale e le proposte inerenti alla differenziazione regionale nella gestione della stessa confermano la condizione di accentuata sperequazione tra territori

precisare proprio tale aspetto, sottolineando che “i piani di vaccinazione, eventualmente affidati a presidi regionali, devono svolgersi secondo i criteri nazionali che la normativa statale abbia fissato per contrastare la pandemia in corso”²⁸.

Una volta stabilito che l'intervento debba essere, in materia, necessariamente uniforme sull'intero territorio nazionale, soprattutto considerando l'esigenza di raccordarsi con i programmi elaborati a livello internazionale e sovranazionale nella specifica situazione pandemica attuale, non si può mancare di ricordare che la tipologia di fonte che, pure a livello nazionale, può introdurre simile obbligo non sia esclusivamente la legge ordinaria (o un decreto-legge).

Se si considera, infatti, la legge n. 210 del 1992 che riconosce il diritto all'indennizzo laddove derivi una menomazione permanente dell'integrità psichica o fisica dalla somministrazione di vaccinazioni obbligatorie, queste possono essere tali se stabilito non solo per legge, ma anche per ordinanza di una autorità sanitaria italiana (art. 1).

Attualmente la somministrazione delle vaccinazioni contro il Covid-19 è disciplinata dalla legge n. 178 del 2020 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*), che all'art. 1, commi dal 457 al 467, ha stabilito l'adozione del piano strategico nazionale dei vaccini²⁹.

Quest'ultimo è stato adottato con il decreto del Ministero della salute del 2 gennaio 2021, relativo al Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2³⁰, con l'avvertenza che esso potrà essere sempre integrato alla luce di “nuove evidenze scientifiche, modifiche nelle dinamiche epidemiche o elementi sopravvenuti ritenuti di rilievo per la strategia di contrasto all'epidemia”³¹. Di tale piano è stata poi proposta una modifica da parte del Ministro che

riscontrabile in tutti gli ambiti rilevanti per la tutela del diritto alla salute”, con ulteriori ricadute in termini di incompatibilità con i principi di uguaglianza e di solidarietà.

²⁸ Corte cost., sentenza n. 37 del 2021.

²⁹ Si veda il documento del Servizio studi del Senato, *Sulla vaccinazione contro il COVID-19 – competenze e destinatari*, n. 248, 12 gennaio 2021, che ricordava come, nelle “more dell'adozione (con decreto del Ministro della salute) del suddetto piano nazionale, l'attività di vaccinazione, come noto, è iniziata già a fine dicembre 2020, in base al documento di programmazione del 12 dicembre 2020, presentato dal Governo alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome e di cui quest'ultima ha preso atto nella seduta del 17 dicembre 2020. In tale fase, nelle more dell'attivazione delle risorse umane prevista dai commi suddetti, la vaccinazione è □ somministrata dal personale sanitario dipendente pubblico”. Si veda in senso critico sulla previsione di cui alla legge n. 178 del 2020 A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni*, cit., p. 3, secondo cui, se in generale le scelte tradotte nel piano di vaccinazione con riguardo all'individuazione delle categorie prioritarie cui somministrare i vaccini sono fondamentali e, dunque, “sarebbe opportuno che decisioni di tale portata fossero adottate con una legge, fonte alla quale, del resto, è riservato, in via esclusiva, dall'art. 32 Cost. il compito di introdurre, ove necessario, trattamenti sanitari obbligatori”, “la previsione della legge di bilancio 2021 che affida al Ministro della salute il compito di adottare il Piano strategico con un decreto «avente natura non regolamentare»” “Non assicura sufficienti garanzie”.

³⁰ Il decreto ministeriale del 2 gennaio 2021 adotta il Piano denominato *Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19. Piano strategico. Elementi di preparazione e di implementazione della strategia vaccinale*. Si rinvia a G. BOGGERO, *L'adozione del Piano strategico vaccinale tra atipicità degli atti ed elusione delle forme procedimentali: un nuovo “banco di prova” per il rapporto tra Stato e Regioni*, in *Forum costituzionale*, 2021, I, p. 296, rispetto alla specifica adozione formale del piano vaccinale attraverso il decreto ministeriale, che, “quando di valore asseritamente non regolamentare, non è soggetto a pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, a differenza dei regolamenti governativi, ministeriali o degli atti amministrativi generali che adottano i PNPV”. L'A. sottolinea altresì, in relazione alla legge n. 178 del 2020 che definisce tale il decreto ministeriale, come tale qualificazione “ricorre spesso per episodi di ‘truffa delle etichette’”, anche “per aggirare il dettato dell'art. 117, co. 6 Cost., che [...] limita l'esercizio della potestà regolamentare statale alle materie di sua competenza esclusiva”.

³¹ Ministro della salute, decreto del 2 gennaio 2021.

ha presentato alla Conferenza permanente per i rapporti fra Stato, Regioni e Province autonome il documento dell'8 febbraio 2021, a cui è stato allegato da parte della stessa Conferenza un ulteriore documento che fa parte integrante della presa d'atto del primo³².

Il decreto ministeriale del 2 gennaio 2021 prevede la somministrazione del vaccino agli operatori sanitari e socio-sanitari delle strutture pubbliche e di quelle private che siano accreditate; al personale e agli utenti delle residenze sanitarie assistenziali per anziani. Inoltre, viene individuata come prioritaria la categoria di soggetti con età pari o superiore a 80 anni. Non sono poi mancate vaccinazioni somministrate a soggetti rientranti nella categoria di personale non sanitario, comprensiva di coloro che hanno forme di contiguità o contatto con ambienti sanitari o socio-sanitari. Anche rispetto a tale ordine di priorità, il successivo documento ministeriale dell'8 febbraio propone delle modifiche, introducendo una distinzione fra vaccino prodotto da Astrazeneca, che andrebbe destinato ai soggetti con età inferiore ai 55 anni e che non rientrino in specifiche categorie di rischio, in tal modo delineando una sorta di doppio ordine di vaccinazione “in parallelo”³³.

In particolare, il Ministero ha individuato, in questo nuovo documento, cinque categorie di soggetti cui il vaccino – pur in assenza di qualsiasi obbligo – deve essere somministrato (mentre i soggetti che hanno o superano gli 80 anni di età rientrano nella precedente fase di somministrazione). Si tratta di persone estremamente vulnerabili che presentano determinate patologie; dei soggetti fra i 75 e i 79 anni di età; di quelli fra i 70 e i 74 anni di età; dei soggetti che hanno una determinata patologia, senza che abbiano una età pari o superiore ai 70 anni; infine, i soggetti fra i 55 e i 69 anni di età.

Coloro che invece vengono vaccinati in parallelo a tale programma definito con queste cinque categorie possono avere una età compresa fra i 18 e i 54 anni e devono essere privi di specifici fattori di rischio: per questa ampia categoria di destinatari, in relazione alla quale in ogni caso vengono individuate specifiche sottocategorie³⁴, però, si prevede la somministrazione del solo vaccino prodotto da Astrazeneca.

Proprio in relazione a questa proposta di revisione, la Conferenza permanente per i rapporti fra Stato, Regioni e Province autonome ha sollecitato, nella sua presa d'atto del 9 febbraio 2021, una

³² Il documento ministeriale modificativo dell'8 febbraio 2021 è denominato *Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19. Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19*.

La Conferenza ha adottato la propria *Posizione sul piano nazionale vaccini contro Sars-Cov-2. Priorità per l'attuazione della seconda fase*, 9 febbraio 2021, con cui si sono rilevate criticità all'integrazione del piano nazionale vaccini proposta dal Ministero, risultando peraltro di difficile applicazione per la carenza di dosi. In particolare, è “necessario chiarire in maniera più specifica quali sono i target prioritari da vaccinare con le dosi vaccinali disponibili e con riferimento alla categoria 6 (vaccini per i soggetti tra i 18 e 54 anni), nonché cosa si intende per servizi essenziali”. Secondo la Conferenza, è opportuno concentrarsi sulle indicazioni che servono a utilizzare subito il vaccino prodotto da Astrazeneca, “partendo dal personale scolastico ed universitario docente e non docente, e rinviando ogni altra considerazione ad un ulteriore approfondimento da condurre a livello tecnico”. Inoltre, la Conferenza si sofferma sulla possibilità di estendere l'utilizzo di tale vaccino anche alla popolazione che superi i 55 anni di età senza patologie importanti.

³³ Servizio studi del Senato, *Sulla vaccinazione contro il COVID-19 – competenze, destinatari e modalità di attuazione*, n. 248/1, 12 febbraio 2021, p. 3.

³⁴ In particolare: “il personale scolastico e universitario (docente e non docente), [...] il personale dei corpi militari e dei corpi di polizia ad ordinamento civile, [...] i soggetti che operino o vivano in ambienti a rischio di contagio (quali gli istituti penitenziari e i luoghi di comunità, civili o religiosi), [...] il personale di ‘altri servizi essenziali’” (Servizio studi del Senato, *Sulla vaccinazione contro il COVID-19 – competenze, destinatari e modalità di attuazione*, n. 248/1, cit., p. 3).

riflessione sull'estensione di quest'ultimo vaccino anche ai soggetti di età pari o superiore ai 55 anni, privi di patologie importanti.

Nella proposta modificativa ministeriale dell'8 febbraio si prevede, inoltre, che una volta terminata la somministrazione alle specifiche sottocategorie ivi individuate, si passi a vaccinare la restante popolazione, pur sempre con età compresa fra i 18 e i 54 anni e senza specifici fattori di rischio.

I minorenni, invece, “non sono compresi nelle attuali autorizzazioni relative ai prodotti in oggetto, fatta eccezione - con limitato riferimento ai soggetti di età compresa tra i 16 e i 18 anni - per il vaccino Cominarty (vaccino di BioNTech/Pfizer)”³⁵.

Successivamente, il Ministero della Salute con il decreto del 12 marzo 2021 (*Approvazione del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 costituito dal documento recante «Elementi di preparazione della strategia vaccinale», di cui al decreto 2 gennaio 2021 nonché dal documento recante «Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti SARS-CoV-2/COVID-19» del 10 marzo 2021*) ha “adottato il Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 costituito dal documento «Elementi di preparazione della strategia vaccinale», di cui al decreto del Ministro della salute 2 gennaio 2021, nonché dal documento «Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19» del 10 marzo 2021” (art. 1), cui ha fatto seguito il Piano vaccinale adottato il 13 marzo dal Commissario straordinario con cui sono state fissate le linee operative per dare completa esecuzione alla campagna vaccinale.

Questo necessario richiamo al piano vaccinale pone in rilievo un primo profilo problematico che attiene senz'altro all'individuazione delle categorie prioritarie per la somministrazione del vaccino contro il Covid-19³⁶.

In secondo luogo, però, si pongono, come si anticipava, profili problematici ulteriori rispetto alla stessa individuazione di tali categorie, poiché, come è noto, sono ormai presenti sul mercato differenti tipologie di vaccini con differenti specificità che emergono dagli studi e dalle sperimentazioni svolti su di essi (e che stanno determinando costanti modifiche rispetto alle indicazioni di somministrazione a seconda dei soggetti, dell'età e del genere).

A fronte, quindi, della definizione di percorsi di validazione di vaccini di diverse case farmaceutiche, che hanno proprie specifiche peculiarità, la questione dell'individuazione delle categorie di soggetti a cui riservare l'uno o l'altro presenta ulteriori potenziali criticità, tenendo conto anche della limitazione delle risorse organizzative, produttive, logistiche, di tracciamento, di registrazione, di sorveglianza farmacologica e immunologica e di personale sanitario necessarie.

Assumono, inoltre, più ampia rilevanza anche ulteriori considerazioni che possono inquadrarsi entro quello che efficacemente è stato definito il “tema dei margini di differenziazione territoriale utili e non dannosi alla gestione dell'emergenza ma, in definitiva, anche all'ordinario funzionamento

³⁵ Servizio studi del Senato, *Sulla vaccinazione contro il COVID-19 – competenze, destinatari e modalità di attuazione*, n. 248/1, cit., p. 3.

³⁶ Sulle problematiche connesse all'individuazione dei criteri di priorità per l'individuazione dei soggetti cui somministrare da subito i vaccini disponibili si sofferma in moto specifico A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni*, cit., p. 1 ss.

di un sistema sanitario che voglia essere, al contempo, efficiente e in grado di fornire servizi di pari livello su tutto il territorio nazionale”³⁷.

Se pure, come si è visto, la previsione dell’obbligo di vaccinazione possa essere previsto sia da una legge sia da una ordinanza di un’ autorità sanitaria e se pure, con riguardo ai vaccini contro il Covid-19, (finora) non sia stata prevista alcuna previsione che adotti tale tecnica di somministrazione per la popolazione in generale, le specifiche caratteristiche quantitative e qualitative della perdurante emergenza sanitaria avrebbero potuto indurre a definire simile piano vaccinale e, in particolare, i criteri di priorità nelle vaccinazioni con fonte di rango primario.

Resta indubbio che l’adozione del piano di vaccinazione con decreto ministeriale consente e consentirà di rendere più agilmente modificabile il suo contenuto, laddove opportuno e necessario alla luce delle continue diverse valutazioni che vengono operate rispetto ai vaccini e alle relative categorie di soggetti che ne possono essere destinatari.

3. L’obbligo di vaccinazione per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie.

Ulteriori riflessioni si possono svolgere, sempre tenendo conto dell’attuale contesto pandemico e delle chiare indicazioni della giurisprudenza costituzionale, in merito all’introduzione dell’obbligo di sottoporsi a vaccinazione per il personale medico e sanitario oltre che esercente le attività ausiliarie.

La scelta fra obbligo o mera raccomandazione per tale categoria di soggetti risulta cruciale sia per il contrasto alla diffusione del contagio, sia in relazione al rapporto di lavoro e non solo al bilanciamento fra diritto alla salute (individuale e collettiva) e libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche: se l’obbligo di vaccinazione, infatti, conduce a un sicuro contenimento del contagio all’interno delle strutture socio-sanitarie e ospedaliere, esso può determinare non poche problematiche laddove il personale decida, in un numero significativo di casi, di sottrarsi.

Il decreto-legge n. 44 del 2021, come si è anticipato, pone un obbligo di vaccinazione per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori che lavorano nelle strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali, sia pubbliche sia private, nelle farmacie e parafarmacie, oltre che negli studi professionali³⁸.

Le ragioni che hanno indotto all’adozione di simile provvedimento si ritrovano, evidentemente, nelle specificità che caratterizzano le prestazioni professionali offerte da un lato e dall’altro lato le peculiari condizioni di salute dei soggetti che entrano in contatto con il personale medico e sanitario e che necessitano di quel tipo di prestazioni. Peraltro, occorre ricordare che, in generale, il datore di lavoro si vede sempre riconosciuta la possibilità di verificare la “proficua utilizzazione dell’attività lavorativa del dipendente”, in modo non astratto, ma “concreto con riferimento allo specifico ambito

³⁷ A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni*, cit., p. 2.

³⁸ Per alcune prime riflessioni, sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, in *Diritticomparati.it*, 15 aprile 2021.

Rispetto, invece, all’introduzione della limitazione della responsabilità penale per gli esercenti la professione sanitaria da parte del medesimo decreto-legge all’art. 3 (*Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*) si rinvia a C. CUPELLI, *Gestione dell’emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (D.L. 44/2021)*, in *Sistemapenale.it*, 1 giugno 2021, p. 1 ss., e L. FIMIANI, *Nuovo “scudo penale” (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?*, in *Giurisprudenzapenale.com*, 2021, IV, p. 1 ss.

nel quale opera il dipendente non vaccinato, tenendo anche conto della compresenza di altri lavoratori vaccinati e non [...] oppure degli eventuali contatti che il lavoratore deve intrattenere per motivi di servizio con soggetti terzi (utenti/clienti)”³⁹.

Nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del decreto-legge innanzitutto espressamente si riconosce che l’introduzione dell’obbligo per questa categoria di professionisti “nasce dalla constatazione che la vaccinazione degli operatori sanitari, unitamente alle altre misure di protezione collettiva e individuale per la prevenzione della trasmissione degli agenti infettivi nelle strutture sanitarie e negli studi professionali, ha valenza multipla: consente di salvaguardare l’operatore rispetto al rischio infettivo professionale, contribuisce a proteggere i pazienti dal contagio in ambiente assistenziale e serve a difendere l’operatività dei servizi sanitari, garantendo la qualità delle prestazioni erogate, e contribuisce a perseguire gli obiettivi di sanità pubblica”⁴⁰.

In secondo luogo, si tengono a chiarire le modalità dell’introduzione di siffatto obbligo, sottolineando che essa avviene “ad opera di una norma primaria”, che “consente, innanzitutto, di ritenere rispettato il principio della riserva di legge statale, che trova il proprio addentellato nel combinato disposto degli articoli 32 e 117, secondo comma, lettere m) e q), e terzo comma, della Costituzione”. Vengono in rilievo, inoltre “i principi fondamentali in materia di «tutela della salute», attribuiti alla potestà legislativa dello Stato ai sensi dell’art. 117, terzo comma, della Costituzione”⁴¹.

In modo significativo, la relazione illustrativa richiama anche l’orientamento consolidato della Corte costituzionale relativo alla necessità di coniugare il diritto di essere curati con il rispetto dei “canoni della scienza e dell’arte medica [...] in condizione di eguaglianza in tutto il Paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”⁴².

Le ragioni che introducono nel nostro ordinamento l’obbligo di vaccinazione – pur limitato alle specifiche categorie professionali individuate – si rinvergono, in definitiva, nella “dimensione di potenzialità lesiva generalizzata e particolarmente intensa che caratterizza l’infezione da SARS-CoV-2”⁴³.

Il decreto-legge n. 44 rende l’adempimento dell’obbligo un “requisito essenziale per l’esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati”, sulla base del presupposto che non vi sia un “diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano

³⁹ A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi.it*, 2021, VIII, p. xiv. Si vedano anche le osservazioni in merito alla generale responsabilità che grava sui datori di lavoro di M. GIOVANNONE, *La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il D.L. n. 44/2021*, in *Federalismi.it*, 2021, XIV, p. 103 ss., che richiama anche il decreto legislativo n. 81 del 2008 (*Attuazione dell’articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*), che si sofferma altresì sulle sottese problematiche di tutela della *privacy* (ivi, p. 113 ss.).

⁴⁰ Si veda la relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione AS n. 2167 (*Conversione in legge del decreto-legge 1° aprile 2021, n.44, recante misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*), p. 3.

⁴¹ Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione AS n. 2167 (*Conversione in legge del decreto-legge 1° aprile 2021, n.44, recante misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*), p. 4.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2”.

E, infatti, se si considera l'apparato sanzionatorio predisposto per rendere efficace l'imposizione dell'obbligo – a fronte di una procedura molto dettagliata e temporalmente definita per giungere all'accertamento definitivo del suo mancato adempimento – ci si avvede che simile accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale “determina la sospensione” da tale diritto, comunicata direttamente al soggetto interessato dal suo ordine professionale di appartenenza.

Le problematiche intorno all'efficacia della misura sanzionatoria si possono apprezzare se si considera che, a fronte di tale sospensione, “il datore di lavoro adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, [...] con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che, comunque, non implicano rischi di diffusione del contagio”. Nel caso in cui ciò non sia possibile “per il periodo di sospensione [...] non è dovuta la retribuzione, altro compenso o emolumento, comunque denominato”.

Simili previsioni, che rappresentano certamente una compromissione del diritto al lavoro, ritenuto ragionevole dal decreto-legge sulla base del bilanciamento rispetto alla necessità di tutelare la salute non solo degli stessi operatori medici e sanitari, ma anche dei pazienti con cui necessariamente entrano in contatto, risultano problematiche dal punto di vista della ragionevolezza intrinseca poiché non sembrano garantirne l'effettiva attuazione.

E, infatti, si accompagna alla problematicità della lunga e complessa procedura tesa a giungere all'accertamento del mancato adempimento dell'obbligo vaccinale i cui tempi effettivi – sebbene chiaramente stabiliti dallo stesso art. 4 – sono difficilmente prefigurabili anche la previsione di un limite temporale massimo oltre il quale, in ogni caso, le sopra citate sanzioni (attribuzione di diverse mansioni o sospensione dal servizio) non trovano più applicazione. In particolare, la sospensione dal diritto di svolgere le prestazioni e le mansioni abituali, con contatti interpersonali, cessa di applicarsi non solo nel caso in cui il soggetto assolva all'obbligo, ma anche nel momento in cui si completi il piano di vaccinazione nazionale e (in ogni caso) il 31 dicembre 2021.

Resta – ragionevolmente – fermo che i soggetti che pure rientrano nella categoria nei cui confronti la vaccinazione è resa obbligatoria, ma che presentano condizioni di salute ostative al trattamento non si debbano vaccinare. In modo espresso, nei loro confronti, si stabilisce che vengano individuate “mansioni anche diverse”, senza però – come invece dovrebbe accadere per chi si sottrae senza motivo all'obbligo – che vi sia alcuna “decurtazione della retribuzione”.

La concreta prassi applicativa sta restituendo un elevato e crescente numero di soggetti che si sottraggono all'adempimento dell'obbligo di vaccinazione, anche a fronte, come si è sottolineato, della complessa e temporalmente scandita procedura di comunicazioni e avvertimenti tesa a giungere al definitivo accertamento di quella che potrebbe definirsi una vera e propria “obiezione di coscienza al vaccino”.

Come mostrano l'articolazione delle sanzioni previste dal decreto-legge e la prassi applicativa, l'obbligo di vaccinazione sembra quantomeno non del tutto attuato e il suo mancato adempimento altrettanto non sempre sanzionato, così rendendosi inefficace la stessa previsione dell'obbligatorietà, con ulteriori, inevitabili, ricadute anche sull'organizzazione e sulla gestione della stessa campagna di vaccinazione (dovendosi escludere che coloro che rifiutano per sé stessi la vaccinazione possano

essere adibiti alla somministrazione altrui, dovendosi impedire, secondo quanto previsto dal decreto-legge, il contatto con i pazienti e gli utenti)⁴⁴.

Un primo caso di “obiezione di coscienza” alla vaccinazione è stato definito dal Tribunale di Belluno che, con un succinto provvedimento del 19 marzo 2021⁴⁵, ha rigettato il ricorso di alcuni dipendenti che prestano servizio presso una residenza sanitaria per anziani, quando ancora non era stato introdotto alcun obbligo alla vaccinazione “professionale”. Il giudice, in particolare, ha richiamato gli obblighi che gravano, nei confronti dei dipendenti, sul datore di lavoro alla luce dell’art. 2087 (*Tutela delle condizioni di lavoro*) c.c., ritenendo in definitiva corretta l’adozione dell’applicazione della misura delle ferie forzate e comunque retribuite: peraltro, il giudice non ha rilevato alcun pericolo concreto che potesse determinarsi un licenziamento o una sospensione dalla retribuzione.

I ricorrenti hanno proposto reclamo contro tale ordinanza, pur tenendo conto dell’introduzione dell’obbligo di vaccinazione posto dal decreto-legge n. 44. In particolare, hanno richiesto “in via principale di adottare *‘i provvedimenti necessari e sufficienti a dichiarare il diritto [...] di scegliere liberamente se vaccinarsi o meno, al netto del decreto o comunque per i periodi non coperti dal decreto, senza che ciò comporti il loro collocamento in permessi o ferie forzate, la loro sospensione dal lavoro senza retribuzione o, peggio, il loro licenziamento, sospendendo e/o annullando i provvedimenti datoriali che nel frattempo sono stati adottati e dovessero essere adottati in tal senso’*”⁴⁶.

Il Tribunale di Belluno ha accolto l’eccezione di inammissibilità del reclamo per difetto di interesse ad agire in sede cautelare, proprio alla luce dell’entrata in vigore dell’obbligo vaccinale che “inequivocabilmente” si applica anche nel caso di specie, essendo i reclamanti operatori socio-sanitari. Il decreto-legge n. 44, dunque, fa venire meno l’interesse ad agire, dovendo “conseguentemente ritenersi giustificata, sulla base del predetto obbligo, l’adozione, da parte del datore di lavoro, di provvedimenti volti a inibire la presenza sul luogo di lavoro, nei particolari ambiti previsti dal decreto, di lavoratori che abbiano rifiutato la vaccinazione anti COVID-19”⁴⁷.

Pur condividendosi il merito della decisione, risulta problematica la seconda parte dell’ordinanza.

I reclamanti, infatti, proprio alla luce dell’introduzione dell’obbligo vaccinale hanno in subordine chiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale sull’art. 4 del decreto-legge n. 44, in

⁴⁴ In particolare, “non si può escludere un ulteriore rischio [...] connesso a una nuova forma di obiezione di coscienza al vaccino, ossia quella del rifiuto di procedere alla sua somministrazione ai terzi. Laddove il personale medico e sanitario, infatti, rifiuti di sottoporsi a vaccinazione perché ne revoca in dubbio il grado di affidabilità, non è inimmaginabile che questa convinzione li conduca a rifiutare questo tipo di prestazione: trattandosi però di personale che non intende vaccinarsi, queste risorse non potrebbero in ogni caso essere adibite a simile attività, poiché si applicherebbero le sanzioni previste dal decreto-legge relative all’allontanamento dal contatto con i pazienti e alla sospensione retributiva (e in questo, allora, potrebbe intravedersi quella che può definirsi una ‘obiezione di comodo’, posta in essere proprio al fine di sottrarsi all’espletamento di quelle specifiche mansioni connesse anche alla vaccinazione)” (B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, cit., p. 9).

Si vedano le notizie riportate in M. BOCCI, “Obbligo, la legge beffata. Le Regioni non puniscono medici e infermieri no-vax”, in *La Repubblica*, 5 giugno 2021, p. 6.

⁴⁵ TRIB. BELLUNO, ordinanza n. 12 del 2021.

⁴⁶ TRIB. BELLUNO, ordinanza n. 328 del 2021.

⁴⁷ *Ibidem*.

relazione all'art. 32 Cost., “nella parte in cui prevede l’obbligo di vaccinazione per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario”.

Il Tribunale di Belluno ritiene la questione manifestamente infondata, con una motivazione che pare sovrapporre la valutazione intorno ai profili di non manifesta infondatezza a quella demandata esclusivamente alla Corte costituzionale in punto di (eventuale) fondatezza.

E, infatti, la manifesta infondatezza sarebbe motivata dal fatto che si debba ritenere “prevalente, sulla libertà di chi non intenda sottoporsi alla vaccinazione contro il COVID-19, il diritto alla salute dei soggetti fragili, che entrano in contatto con gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario in quanto bisognosi di cure, e, più in generale, il diritto alla salute della collettività, nell’ambito della perdurante emergenza sanitaria, derivante dalla pandemia da COVID-19”⁴⁸.

Ancora una volta potendosi condividere le conclusioni cui perviene il Tribunale di Belluno in sede di reclamo, non si può mancare di rilevare come tale provvedimento - peraltro succintamente motivato - pur richiamando l’orientamento della Corte costituzionale espresso in particolare nella sentenza n. 5 del 2018 a proposito del bilanciamento fra dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute, abbia di fatto superato gli eccezionali profili di non manifesta infondatezza che più correttamente avrebbero dovuto essere sollevati, interpretando correttamente il ruolo di giudice remittente.

E, infatti, “nel nostro ordinamento il giudizio sulla non manifesta infondatezza della questione non assegna affatto al giudice il compito di selezionare soggettivamente le questioni da trasmettere alla Corte costituzionale, bensì quello di filtrare soltanto le questioni che, sulla base di indici oggettivamente verificabili, siano ritenute del tutto prive di fondamento”⁴⁹.

Rispetto all’introduzione dell’obbligo di vaccinazione, considerando lo specifico contesto in cui tale previsione si colloca e tenendo conto delle regole del processo costituzionale, quindi, più correttamente il Tribunale di Belluno avrebbe dovuto sospendere il suo giudizio e rimettere la relativa questione alla Corte costituzionale, anche arricchendo i parametri costituzionali presi in considerazione.

Certamente, l’avvio (e i tempi) del giudizio costituzionale avente a oggetto tale disposizione avrebbe determinato effetti di non secondaria importanza sulla stessa campagna di vaccinazione, ma, al contempo, avrebbe potuto offrire alla Corte una importante (ulteriore) occasione per esprimersi in materia di obblighi vaccinali, proprio tenendo conto della delicatezza e della specificità dell’attuale contesto pandemico.

4. Verso un vero e proprio “passaporto” o “certificato” vaccinale?

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ M. D’AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum costituzionale*, 13 maggio 2004, p. 2, che, in relazione a una decisione di manifesta infondatezza del Tribunale di Catania avente a oggetto la materia della fecondazione assistita, sottolinea che in quel caso la “valutazione del giudice [...] non si limita all’esame della non manifesta infondatezza della questione: compito del giudice dovrebbe essere infatti quello di una sommaria delibazione della questione. Quando solleva una questione di legittimità costituzionale, soprattutto se questo avviene ‘su istanza di parte’, il giudice non deve essere soggettivamente convinto che la Corte accoglierà la questione, né deve dividerne soggettivamente il contenuto. Se soltanto il giudice ritiene che la Corte possa entrare nel merito della questione, egli è tenuto a sollevarla”.

Il costante riferimento alla più recente attualità nella gestione dell'organizzazione della campagna vaccinale e il connesso mutamento delle condizioni epidemiologiche, che pure devono tenere conto del fattore costituito dalle varianti del Covid-19, sembrano confermare o quantomeno suggerire che la somministrazione dei vaccini stia determinando notevoli effetti positivi, sia rispetto ai dati del contagio sia rispetto al decorso della malattia.

In questa prospettiva, che sta conducendo a un progressivo allentamento delle misure restrittive, si pone l'ulteriore questione della configurabilità di un vero e proprio "passaporto" o "certificato" vaccinale, che consenta, in particolare, gli spostamenti anche oltre i confini nazionali.

In modo trasversale – e forse anche in via preliminare – si pone, quindi, l'interrogativo circa le modalità di coordinamento fra livello europeo e singoli ordinamenti nazionali, anche alla luce dell'avvio del percorso che dovrebbe condurre l'Unione Europea a dotarsi di una regolamentazione uniforme sul punto e della (già avvenuta) approvazione del decreto-legge n. 52 del 2021 (*Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*), che alla futura disciplina europea fa riferimento.

In particolare, se certamente la decisione intorno alla tipologia di tecnica di somministrazione dei vaccini (obbligo o raccomandazione) resta affidata agli Stati membri, occorre soffermarsi sul rapporto fra simile competenza e quella che riguarda la gestione dei confini e dei passaggi di frontiera fra gli stessi. E, ancora, occorre interrogarsi sulla stessa possibilità che sulla diffusione della vaccinazione possa fondarsi effettivamente ed efficacemente la regolamentazione della libertà di circolazione all'interno dei confini dell'Unione Europea.

Le caratteristiche dell'attuale pandemia, infatti, inducono a ragionare sulla "riappropriazione del controllo" dei confini nazionali, "la cui gestione può essere finalizzata a prevenire e contrastare minacce alla salute pubblica"⁵⁰: e proprio in relazione a simile possibilità si pongono i profili più critici, delineandosi di conseguenza una differenziazione da parte degli Stati membri, a seconda sia della scelta di imporre o solo raccomandare la vaccinazione sia di quella relativa all'individuazione delle categorie destinatarie dell'una o dell'altra tecnica di somministrazione⁵¹.

⁵⁰ T. CERRUTI, *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-covid per attraversare i confini dell'unione europea?*, in *Rivista Aic*, 2021, II, p. 14, che si chiede "Se e fino a che punto i Paesi potranno imporre, a chi voglia entrare nel loro territorio, l'esibizione di una certificazione di avvenuta vaccinazione o comunque l'attestazione della propria situazione rispetto alla malattia (da cui risulti, ad esempio, la causa di esenzione dalla profilassi ovvero la recente contrazione e guarigione dal morbo) o, ancora, come già avviene, la sottoposizione a una esame volto ad accertarne l'assenza?".

Con riferimento agli orientamenti degli Stati membri, l'A. sottolinea che vi sono alcune proposte relative alla regolamentazione dell'attraversamento delle frontiere in base al "COVID-status delle persone, per quanto in particolare concerne la sottoposizione alla vaccinazione". Questa sarebbe sostenuta in particolare dagli "Stati dell'Europa meridionale, preoccupati dal rischio di una riduzione dei proventi del turismo estivo, fondamentale per i loro sistemi economici (Cipro, Grecia, Portogallo, Spagna), ma anche da alcuni Stati nordici e centro-orientali"; mentre "altri Paesi, fra cui Belgio, Francia, Romania e Germania [...] la reputavano prematura (vista la fase ancora iniziale di diffusione del trattamento), oltre che non necessariamente efficace (data l'assenza di riscontri sull'effettivo tasso di immunità garantito dal vaccino)" (ivi, p. 14 s.).

⁵¹ Ritiene che "Più probabile è [...] che le limitazioni all'attraversamento dei confini siano ipotizzate da quei Governi che non renderanno obbligatoria la vaccinazione, benché proprio la consapevolezza di una diffusione non capillare dell'intervento profilattico e della conseguente maggiore vulnerabilità della popolazione potrebbe indurli a guardare con maggior timore a chi 'viene da fuori'", T. CERRUTI, *Libertà di circolazione e pandemia*, cit., p. 15.

Nel momento in cui si scrive, per quanto riguarda il nostro ordinamento, la disciplina generale relativa agli spostamenti verso e dall'estero è contenuta nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2 marzo 2021 (*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 23 febbraio 2021, n. 15, recante «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di spostamenti sul territorio nazionale per il contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»*), in particolare agli artt. 49 (*Limitazioni agli spostamenti da e per l'estero*), 50 (*Obblighi di dichiarazione in occasione dell'ingresso nel territorio nazionale dall'estero*) e 51 (*Sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario e obblighi di sottoporsi a test molecolare o antigenico a seguito dell'ingresso nel territorio nazionale dall'estero*). Il Ministero della Salute ha operato alcune riclassificazioni dei Paesi rispetto ai quali sono previste misure differenziate con l'ordinanza del 2 aprile 2021 (*Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*), mentre con l'ordinanza del 14 maggio 2021 (*Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*) ha ulteriormente specificato gli oneri di comunicazione e di effettuazione di tamponi che occorre adempiere per i viaggi all'estero e per i relativi rientri in Italia.

In tale contesto epidemiologico e normativo, come si anticipava, si pone la questione relativa alla realizzazione del cd. passaporto o certificato vaccinale, rispetto al quale vengono in rilievo quanto previsto dal citato decreto-legge n. 52 del 2021 e anche la trattazione dell'Atto n. 755 (*Affare sui profili costituzionali dell'eventuale introduzione di un "passaporto vaccinale" per i cittadini cui è stato somministrato il vaccino anti SARS-COV-2*) da parte della I Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, assegnato il 16 marzo 2021, il cui testo non è ancora reso disponibile⁵².

Un primo profilo problematico, innanzitutto, attiene alla stessa scelta terminologica della documentazione che potrebbe consentire l'esercizio della libertà di circolazione oltre i confini nazionali ed entro quelli dell'Unione Europea.

Come è stato efficacemente osservato, "l'espressione 'passaporto vaccinale', anche per la presenza dell'aggettivo, è vista con eccessiva diffidenza, nel timore [...] che l'idea stessa di prefigurare un passaporto vaccinale possa comportare l'obbligatorietà del vaccino anti SARS-CoV-2, mentre il termine, che appare meno impegnativo [,] di 'certificato', desterebbe tutto sommato minore preoccupazione"⁵³.

L'A. criticamente si sofferma anche sulle diverse categorie di "soggetti interessati all'attraversamento della frontiera, immaginando trattamenti non omogenei fra i cittadini di altri Stati membri dell'Unione, i cittadini di Stati terzi (inclusi i migranti), ma anche i cittadini di quello stesso Stato che, avendo soggiornato all'estero, non si siano ancora potuti sottoporre alla vaccinazione" (ivi, p. 15 s.).

⁵² Al riguardo si vedano le osservazioni del Garante per la protezione dei dati personali nella memoria presentata alla Commissione *Profili costituzionali dell'eventuale introduzione di un "passaporto vaccinale" per i cittadini cui è stato somministrato il vaccino anti SARS COV2*.

⁵³ G. GRASSO, "Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale: prime osservazioni, in *Corti supreme e salute*, 2021, I, p. 1, che ricorda che la disciplina europea "comprende tre diversi tipi di certificato, un certificato di vaccinazione, un certificato di test e un certificato di guarigione, il quale ultimo si sarebbe forse potuto qualificare meglio come un certificato attestante la presenza di anticorpi alla malattia".

A livello europeo le istituzioni, “se hanno cominciato a convergere sull’idea dell’utilizzo di certificazioni vaccinali, sono sembrate inizialmente più incerte sulla possibilità di un loro impiego anche nelle sembianze di ‘passaporti’”⁵⁴. In particolare, come si è accennato, sono state formulate due proposte di Regolamento - *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate) COM/2021/130 final* e *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to third-country nationals legally staying or legally residing in the territories of Member States during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate) COM/2021/140 final* del 17 marzo 2021⁵⁵ - tesi a disciplinare le modalità di circolazione fra gli Stati e le diverse tipologie di certificazioni.

⁵⁴ T. CERRUTI, *Libertà di circolazione e pandemia*, cit., p. 18, che richiama specificamente l’orientamento espresso dal Consiglio europeo e dalla Commissione europea.

⁵⁵ Particolarmente significativi risultano i passaggi in cui la Commissione europea sottolinea che “The ‘Digital Green Certificate’ framework to be established should lay out the format and content of certificates on COVID-19 vaccination, testing and recovery. The Commission also proposes that the ‘Digital Green Certificate’ framework should ensure that these certificates can be issued in an interoperable format and be reliably verified when presented by the holder in other Member States, thereby facilitating travel within the European Union. The certificates should contain only such personal data as is necessary. Given that the personal data includes sensitive medical data, a very high level of data protection should be ensured and data minimisation principles should be preserved. In particular, the ‘Digital Green Certificate’ framework should not require the setting up and maintenance of a database at EU level, but should allow for the decentralised verification of digitally signed interoperable certificates” (COM/2021/140 final); “Based on the technical work carried out so far, the Commission proposes to establish an EU-wide framework for the issuance, verification and acceptance of vaccination certificates within the EU as part of a ‘Digital Green Certificate’. At the same time, this framework should also cover other certificates issued during the COVID-19 pandemic, namely documents certifying a negative test result for SARS-CoV-2 infection as well as documents certifying that the person concerned has recovered from a previous infection with SARS-CoV-2. This allows persons who are not vaccinated or who have not yet had the opportunity to be vaccinated to benefit from such an interoperable framework as well, facilitating their free movement. While children, for example, cannot benefit from COVID-19 vaccination for the time being, they should be able to receive a test or recovery certificate, which could also be received by their parents on their behalf. In addition, it should be clarified that the purpose of the certificates included in the ‘Digital Green Certificate’ is to facilitate the exercise of free movement. The possession of a ‘Digital Green Certificate’, in particular a vaccination certificate, should not be a pre-condition for the exercise of free movement. Persons who are not vaccinated, for example for medical reasons, because they are not part of the target group for which the vaccine is currently recommended, such as children, or because they have not yet had the opportunity or do not wish to be vaccinated, must be able to continue to exercise their fundamental right of free movement, where necessary subject to limitations such as mandatory testing and quarantine/self-isolation. In particular, this Regulation cannot be interpreted as establishing an obligation or right to be vaccinated. To ensure interoperability between the different technical solutions being developed by the Member States, some of which have already started accepting proofs of vaccination to exempt travellers from certain restrictions, uniform conditions for the issuance, verification and acceptance of certificates on COVID-19 vaccination, tests and recovery are needed” (COM/2021/130 final).

Si vedano le osservazioni critiche su quest’ultima proposta di A. CARMINATI, *Appunti per l’audizione informale svolta il 20 aprile 2021 davanti alla Commissione Affari costituzionali del Senato, sulla Proposta di regolamento – Quadro per il rilascio, la verifica e l’accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, III, p. 44 ss.

Ritiene che l’intervento delle istituzioni europee sia “pienamente legittimo, rispettoso del principio di sussidiarietà e recante misure coordinate e proporzionate, non discriminatorie e temporanee, specificamente finalizzate a ripristinare in maniera graduale, coordinata e non frammentaria la libera circolazione nell’Unione [...], assicurando la circolazione in sicurezza dei cittadini europei con un approccio comune e un controllo uniforme che può decisamente contribuire al contenimento del contagio”, G. D’ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell’esercizio del diritto di libera circolazione nell’UE durante la pandemia*

Un secondo profilo di riflessione, strettamente connesso a quello definitorio, attiene, inevitabilmente, alla tipologia di documento e, dunque, ai contenuti informativi che si richiedono per la sua formazione. Sono, infatti, immaginabili differenti certificazioni che possono riguardare l'avvenuta vaccinazione, l'avvenuta sottoposizione a tampone con esito negativo oppure ancora la guarigione dall'infezione provocata dal Covid-19. A ciascuna di esse, evidentemente, corrispondono ben diversi oneri e ben diverse conseguenze anche in punto di capacità di contenimento del contagio⁵⁶.

Un terzo ordine di interrogativi concerne, più specificamente, la funzione che al certificato o al passaporto vaccinale può essere assegnata. Oltre alla più immediata implicazione connessa alla libertà di circolazione entro e oltre i confini nazionali⁵⁷, infatti, si impongono ulteriori riflessioni laddove tale documento possa essere reso necessario per diverse finalità, connesse all'esercizio di altri diritti fondamentali: si pensi, al riguardo, alla libertà di riunione, alla libertà di culto, al diritto di voto, al diritto al lavoro, alla libertà di iniziativa economica, al diritto all'istruzione⁵⁸.

Ecco che, proprio rispetto a questo ultimo tema, occorre verificare se la richiesta di una certificazione collegata allo stato di salute – al fine dell'esercizio di una serie di diritti fondamentali – possa dirsi sproporzionata e, dunque, anche irragionevolmente invasiva della sfera di riservatezza che, in materia sanitaria, costituisce insieme al consenso informato un indubbio carattere fondante.

Al riguardo, innanzitutto e analogamente a quanto previsto dal citato decreto-legge n. 44 del 2021 introduttivo dell'obbligo vaccinale per alcune categorie professionali, devono poter restare ferme ragionevoli deroghe rispetto agli adempimenti certificativi richiesti a fronte di specifiche condizioni di salute⁵⁹.

In secondo luogo, rispetto all'impatto degli oneri posti al fine della formazione delle relative certificazioni, si è rilevato che la richiesta di sottoporsi a un test per il rilevamento di una eventuale infezione oppure la presentazione della documentazione che attesti l'avvenuta guarigione dalla malattia “non hanno l'invasività di una somministrazione a un vaccino, al quale, in mancanza di un'obbligatorietà del medesimo disposta per legge ai sensi dell'art. 32, comma 2, Costituzione [...] si può liberamente rinunciare”⁶⁰.

di COVID-19. *Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. “certificato verde digitale” – 8 aprile 2021*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, III, p. 39.

⁵⁶ Si veda ancora A. CARMINATI, *Appunti per l'audizione informale*, cit., p. 46, che richiama anche il profilo della diversa durata di ciascun tipo di certificato, oltre che quello del costo economico che, laddove la vaccinazione non fosse resa disponibile a tutti, produrrebbe effetti discriminatori a carico dei non vaccinati o non immunizzati, che dovrebbero ricorrere a test molecolari o antigenici per ogni spostamento.

⁵⁷ Sul rilievo della libertà di circolazione nel contesto della pandemia da Covid-19 e in specifica relazione alla possibilità di configurare una certificazione che ne garantisca l'esercizio si veda ancora T. CERRUTI, *Libertà di circolazione e pandemia*, cit., p. 1 ss., e, con specifico riguardo alla regolamentazione a livello europeo degli spostamenti durante la pandemia, p. 6 ss. In generale, con riferimento al ruolo dell'Unione Europea nella gestione della pandemia, si veda anche P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE on line*, 2020, II, p. 2295 ss.

⁵⁸ Pone questo interrogativo anche G. GRASSO, “*Certificato verde digitale*”, “*Passaporto vaccinale*” e *diritto costituzionale*, cit., p. 4, che si riferisce anche alla partecipazione a eventi culturali e sportive, oltre che T. CERRUTI, *Libertà di circolazione e pandemia*, cit., p. 2, che richiama anche “la fruizione di servizi di trasporto” e “la possibilità di prendere parte a determinate attività collettive”

⁵⁹ Aggiunge alle motivazioni di salute anche “ragioni oggettive (inaccessibilità del farmaco)” T. CERRUTI, *Libertà di circolazione e pandemia*, cit., p. 20.

⁶⁰ G. GRASSO, “*Certificato verde digitale*”, “*Passaporto vaccinale*” e *diritto costituzionale*, cit., p. 5.

Considerando la necessità di uno stretto coordinamento fra livello europeo e nazionale e tenute ferme le rispettive competenze, si potrebbe immaginare che la definitiva adozione della citata regolamentazione a livello europeo relativa al *Digital Green Certificate* si estenda o quantomeno influenzi le scelte degli Stati membri⁶¹.

Al riguardo, se pure entrambe le proposte di Regolamento impongano di non interpretare l'introduzione del certificato come uno strumento di facilitazione o di incentivo per l'adozione di misure restrittive della libertà di circolazione e di altri diritti fondamentali in risposta alla pandemia⁶², gli Stati membri potrebbero "collegare il possesso del *green pass* anche al godimento di altri diritti oltre alla libertà di circolazione, nel senso di facilitarne la fruizione ovvero, persino, di riservare la possibilità di accedere a certi luoghi o servizi solo a chi disponga di un certificato valido"⁶³. In particolare, si potrebbe delineare il rischio, in tale prospettiva, che gli Stati membri impropriamente utilizzino la certificazione "non per *allentare* ma per *rallentare* la riespansione dei diritti individuali e collettivi"⁶⁴.

La citata necessità di coordinamento pare essere stata fatta propria dal nostro ordinamento che, con il decreto-legge n. 52 del 2021, ha inteso introdurre alcune definizioni e procedure che richiamano alcuni profili della proposta regolamentazione europea, ancor prima che questa sia stata approvata.

Con tale provvedimento, infatti, si è inteso chiarire innanzitutto e opportunamente alcune definizioni, in merito alle certificazioni, alle vaccinazioni e ai test diagnostici. L'art. 9 (*Certificazioni verdi COVID-19*), in particolare, dopo essersi soffermato sulla definizione di "certificazioni verdi COVID-19" (ossia le "certificazioni comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2, ovvero l'effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus SARS-CoV-2", che possono essere rilasciate a diversi fini: per avvenuta vaccinazione e per avvenuta guarigione con validità di sei mesi; per effettuazione di un test antigenico rapido o molecolare negativo con validità di 48 ore dall'esecuzione), fa riferimento alla "Piattaforma nazionale digital green certificate", ossia il "sistema informativo nazionale per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificazioni COVID-19 interoperabili a livello nazionale ed europeo".

Di particolare interesse, in attesa che si completi il percorso di approvazione della regolamentazione europea, è la previsione del riconoscimento di validità delle certificazioni rilasciate in conformità al diritto vigente negli Stati membri dell'Unione Europea o anche in Stati terzi (a seguito di una vaccinazione riconosciuta nell'Unione Europea e validate da uno Stato membro), se sono conformi ai criteri definiti con circolare ministeriale.

⁶¹ In questo senso si veda anche A. CARMINATI, *Appunti per l'audizione informale*, cit., p. 47, laddove sottolinea che, "sebbene il regolamento interessi solo la circolazione delle persone fra gli Stati membri, esso di fatto tenderà ad influenzare anche le discipline nazionali".

⁶² In particolare, nella prima proposta si prevede che "This Regulation should not be understood as facilitating or encouraging the adoption of restrictions to free movement, or other fundamental rights, in response to the pandemic" (COM(2021) 130 final), mentre nella seconda che "This Regulation should not be understood as facilitating or encouraging the adoption of travel restrictions to free movement, or other fundamental rights, in response to the pandemic" (COM(2021) 140 final).

⁶³ A. CARMINATI, *Appunti per l'audizione informale*, cit., p. 49.

⁶⁴ *Ibidem*.

Tenendo conto di tale quadro normativo e delle problematiche sottese relative alla tutela dei diritti fondamentali che ne sono coinvolti, non si può mancare di rilevare che, in fondo, la richiesta di uno dei tre possibili certificati, da cui si possa desumere lo stato di salute in rapporto al Covid-19, ha come specifica e ultima finalità proprio quella di consentire un progressivo superamento delle misure restrittive tese a contrastare l'incidenza del contagio, con una tempistica che, in ogni caso, risulta connessa all'andamento della situazione epidemiologica.

In particolare, si tratta senza dubbio di pervenire a un delicato e complesso bilanciamento fra l'imposizione delle misure necessarie per prevenire e contenere il contagio, in assenza di disponibilità a presentare la richiesta documentazione, e l'imposizione di altri oneri (ossia, come si è visto, la somministrazione di un vaccino, la sottoposizione a un test o la dimostrazione dell'avvenuta guarigione), che, in ogni caso, consentono una generale riespansione di quelle libertà che sono state e che vengono incise dalle prime⁶⁵.

Senza, quindi, che rilevi la scelta degli Stati membri intorno all'obbligo o alla sola raccomandazione della vaccinazione, la richiesta di una determinata documentazione che attesti lo stato di salute rispetto alla malattia provocata dal Covid-19 al fine di consentire la libera circolazione entro i confini dell'Unione Europea, se certamente influenza e incide sulla sfera di autodeterminazione (rispetto al diritto alla salute e agli ulteriori diritti di libertà), da un lato non rende affatto obbligatorio l'adempimento di quei medesimi oneri certificativi e dall'altro mira a preservare in ogni caso l'obiettivo di garantire la salute nella sua accezione collettiva (che si accompagna inescindibilmente a quella individuale, poiché attraverso tali misure si tutelano anche coloro che non si sottopongono alla vaccinazione o al test diagnostico richiesto).

Come espressamente indicato dallo stesso decreto-legge n. 52 all'art. 9, sarà necessario attendere, al fine di poter rendere omogenei il meccanismo delle certificazioni, la disciplina e il riconoscimento dei sottesi diritti, primo fra tutti quello di circolazione, l'entrata in vigore degli "atti delegati per l'attuazione delle disposizioni di cui al regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificazioni interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione all'interno dell'Unione Europea durante la pandemia di COVID-19 che abiliteranno l'attivazione della Piattaforma nazionale - DGC".

Il decreto-legge n. 52, da ultimo, affronta specificamente anche la non secondaria questione connessa al diritto alla riservatezza, disponendo che siano individuati "i dati che possono essere riportati nelle certificazioni verdi COVID-19, le modalità di aggiornamento delle certificazioni, le caratteristiche e le modalità di funzionamento della Piattaforma nazionale - DCG, la struttura dell'identificativo univoco delle certificazioni verdi COVID-19 e del codice a barre interoperabile che consente di verificare l'autenticità, la validità e l'integrità delle stesse, l'indicazione dei 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 contenuti

⁶⁵ In questo senso, si veda ancora G. GRASSO, *"Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale*, cit., p. 5 s., che efficacemente pone a confronto la tecnica dell'obbligo di vaccinazione (per ora come si è visto limitata solo ad alcune categorie professionali) e la possibile imposizione di un "certificato verde digitale", che, al confronto, "non pare essere un mezzo irragionevole di limitazione dei diritti fondamentali e anzi può diventare un modo per 'riavviare' l'effettivo godimento" degli stessi.

nelle certificazioni”⁶⁶. In tale direzione, si stabilisce che intervenga un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministeri della salute, per l’innovazione tecnologica e la transizione digitale e dell’economia e delle finanze, sentito il Garante per la protezione dei dati personali⁶⁷.

Quest’ultimo, rispetto al decreto-legge n. 52, ha adottato il *Provvedimento di avvertimento in merito ai trattamenti effettuati relativamente alla certificazione verde per COvid-19 prevista dal d.l. 22 aprile 2021, n. 52 - 23 aprile 2021*, con cui ha rilevato molteplici criticità connesse innanzitutto alla necessaria protezione dei dati, oltre alla mancata previa consultazione dello stesso Garante, all’inidoneità giuridica della fonte del diritto prescelta, alla tipologia e al numero di dati personali richiesti, alla mancata indicazione della titolarità dei trattamenti effettuati ai fini dell’emissione e del controllo delle certificazioni verdi e alla mancata indicazione espressa e tassativa delle diverse finalità perseguite con la certificazione verde, “elemento essenziale al fine di valutare la proporzionalità” della regolamentazione.

Richiamando la pendente procedura europea di approvazione della regolamentazione delle certificazioni connesse al Covid-19, il Garante rileva anche come il provvedimento non indichi le motivazioni dell’introduzione provvisoria di tale disciplina e, quindi, come si possa determinare il rischio di “eventuali disallineamenti in merito alle caratteristiche e alle funzionalità dei due documenti”.

Al contrario lo stesso Garante, ha ritenuto “la scelta dell’Unione europea di disciplinare uniformemente (nella forma, peraltro, regolamentare) le condizioni di legittimità del ricorso a pass

⁶⁶ Si prevede altresì che con il medesimo decreto siano individuate le “specifiche tecniche per assicurare l’interoperabilità delle certificazioni verdi COVID-19 e la Piattaforma nazionale - DGC, nonché tra questa e le analoghe piattaforme istituite negli altri Stati membri dell’Unione europea, tramite il Gateway europeo”.

⁶⁷ Il primo marzo 2021 il Garante per la protezione dei dati personali con il comunicato stampa *Covid: Garante privacy, no a “pass vaccinali” per accedere a locali o fruire di servizi senza una legge nazionale* aveva richiamato l’attenzione sull’obbligo di rispettare la disciplina relativa alla protezione dei dati personali, laddove si intendano “implementare soluzioni, anche digitali (es. app), per rispondere all’esigenza di rendere l’informazione sull’essersi o meno vaccinati come condizione per l’accesso a determinati locali o per la fruizione di taluni servizi (es. aeroporti, hotel, stazioni, palestre ecc.)”.

In particolare, il Garante ha sottolineato che i “dati relativi allo stato vaccinale, infatti, sono dati particolarmente delicati e un loro trattamento non corretto può determinare conseguenze gravissime per la vita e i diritti fondamentali delle persone: conseguenze che, nel caso di specie, possono tradursi in discriminazioni, violazioni e compressioni illegittime di libertà costituzionali”. In tale prospettiva, il relativo trattamento dei dati dovrebbe essere oggetto di “una norma di legge nazionale, conforme ai principi in materia di protezione dei dati personali (in particolare, quelli di proporzionalità, limitazione delle finalità e di minimizzazione dei dati), in modo da realizzare un equo bilanciamento tra l’interesse pubblico che si intende perseguire e l’interesse individuale alla riservatezza”. Di conseguenza, fino a quando simile intervento normativo non vi fosse, “l’utilizzo in qualsiasi forma, da parte di soggetti pubblici e di soggetti privati fornitori di servizi destinati al pubblico, di app e pass destinati a distinguere i cittadini vaccinati dai cittadini non vaccinati è da considerarsi illegittimo”.

T. CERRUTI, *Libertà di circolazione e pandemia*, cit., p. 2, rileva “non pochi nodi di criticità che se possono trovare una più facile soluzione quando provengono da soggetti privati, risultano di maggiore complessità quando sono imposte a livello istituzionale”, in particolare immaginando che una compagnia aerea possa negare le sue prestazioni a coloro che non esibiscano una idonea certificazione “a meno che dalla stessa non derivi l’impossibilità, per i soggetti interessati, di raggiungere la meta prescelta con mezzi alternativi”; una simile decisione, invece, sarebbe maggiormente problematica laddove assunta a livello nazionale e anche sovranazionale.

Sulle problematiche connesse al rispetto del diritto alla *privacy*, con specifico riferimento al sistema di tracciamento dei contatti interpersonali, si rinvia a C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, II, p. 772 ss., G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell’app selezionata dal Governo italiano*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2020, XIV, p. 303 ss.

sanitari (non limitati alla condizione vaccinale) per favorire la mobilità intraeuropea [...] certamente condivisibile, nel metodo e nel merito”, essendo “quantomai opportuna la definizione di uno standard comune, che consenta un raffronto tra tipologie di dati omogenei e garantisca un bilanciamento equo tra libertà di circolazione [...] privacy ed esigenze sanitarie”: ancor di più, il Garante sottolinea come, “nel merito, la previsione delle coordinate essenziali in cui queste misure devono iscriversi e in cui gli stessi Stati membri devono muoversi, vale ancora una volta a connotare la scelta europea come profondamente identitaria, espressiva cioè di una precisa concezione del rapporto tra pubblico e privato, autorità e libertà, tecnica e fattore umano”, poiché l’Unione Europea sta tentando di “rendere anche il green pass uno strumento non già di controllo, ma di promozione delle libertà, minimizzandone anzitutto (ma, naturalmente, non solo) l’impatto sulla privacy, quale elemento di legittimazione sociale della (e di fiducia dei cittadini nella) misura stessa, assicurandone proporzionalità e non discriminazione discriminazione”⁶⁸.

Alla luce di queste considerazioni, quindi, sarà fondamentale verificare entro quali tempi e in che modo l’Unione Europea intenderà concludere i lavori relativi all’approvazione della disciplina delle certificazioni sullo stato di salute connesso al Covid-19 e, forse soprattutto, entro quali tempi e come il nostro ordinamento adatterà la disciplina già introdotta con il decreto-legge n. 52 a fronte di eventuali sostanziali disallineamenti.

Proprio le specifiche caratteristiche dell’attuale pandemia e gli obiettivi che si intendono perseguire per superare l’applicazione delle ben note misure restrittive impongono senza dubbio un intervento razionale e organico, che si fondi sul coordinamento fra livello nazionale di regolamentazione e livello europeo, ma anche internazionale, oltre che, nel nostro ordinamento, con tutta evidenza e come hanno mostrato e mostrano tuttora le profonde criticità relative non solo alla gestione del contenimento del contagio, ma anche all’approvvigionamento dei vaccini e alle relative modalità e tempistiche di somministrazione, fra Stato e Regioni.

⁶⁸ Garante per la protezione dei dati personali, memoria *Profili costituzionali dell’eventuale introduzione di un “passaporto vaccinale” per i cittadini cui è stato somministrato il vaccino anti SARS COV2*, cit., che richiama anche i pareri espressi dal Garante europeo e dal Comitato europeo per la protezione dati.