

Obbligo vaccinale e obiezione di coscienza nel caso del covid-19

di

Stefania Flore*

SOMMARIO: 1. Esposizione della problematica. In particolare, la distinzione tra obiezione di coscienza e rifiuto del vaccino per ragioni oggettive - 2. L'obbligo vaccinale nel decreto-legge 44/2021 - 3. Obiezione di coscienza all'obbligo vaccinale: la giurisprudenza italiana e la recente decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - 4. Conclusioni

1. Esposizione della problematica. In particolare, la distinzione tra obiezione di coscienza e rifiuto del vaccino per ragioni oggettive

Il vaccino è quel trattamento sanitario che consente di immunizzare una persona rispetto a una determinata malattia mediante la preventiva formazione di anticorpi, senza contrarre l'infezione. È l'unico trattamento sanitario che richiede l'introduzione, in un corpo sano, di una sostanza a scopo preventivo. La sua origine risale alla fine del Settecento, quando l'inglese Edward Jenner scoprì che era possibile immunizzare l'uomo al vaiolo inoculando il vaiolo bovino.

Nonostante l'alto tasso di mortalità del vaiolo e le gravi complicanze correlate, la scoperta del vaccino non venne subito vista di buon occhio: si avvertì già allora la frizione tra diritto alla salute collettiva e autodeterminazione dell'individuo; in particolare, a seguito dell'introduzione del vaccino obbligatorio nel Regno Unito nel 1853¹.

* Dottoranda in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Cagliari.

¹ Per approfondimenti sui contrasti tra obbligo vaccinale e autodeterminazione individuale nell'Inghilterra del diciannovesimo secolo si veda G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Padova, 2019, p. 280 ss.; E. TOGNOTTI, *Vaccinare i bambini tra obbligo e persuasione: tre secoli di controversie. Il caso dell'Italia*, Milano, 2020, p. 123 ss. e N. DURBACH, *Bodily Matters: The Anti-Vaccination Movement in England, 1853–1907*, Durham (North Carolina), 2005. Si noti come l'avanzata dell'atteggiamento di diffidenza e ostruzionismo nei confronti dell'obbligo vaccinale andò di pari passo con la riduzione e la scomparsa della malattia. Anche la Chiesa cattolica cercò di ostacolare le vaccinazioni dopo una prima fase in cui fu incoraggiata.

Nell'Italia unita la vaccinazione obbligatoria viene introdotta dalla riforma sanitaria di Crispi nel 1888. seppur con una clausola generale da attuare all'occorrenza, secondo le epidemie in atto². Nel 1934³ si introduce lo specifico obbligo di vaccinare i neonati contro il vaiolo entro sei mesi dalla nascita. È importante sottolineare come già allora si prevede la possibilità di esenzione o differimento del trattamento, in caso di controindicazioni sanitarie. Dal 1939⁴ si introduce il meccanismo che subordina l'accesso alle scuole primarie o a qualsiasi collettività infantile alla presentazione del certificato di vaccinazione; un sistema che, pur con varie modifiche, permarrà negli anni successivi e scatenerà molte polemiche⁵. È infatti opportuno tenere a mente che la vaccinazione obbligatoria, salvo qualche eccezione⁶, fino all'anno corrente riguardava esclusivamente i minori⁷.

In Inghilterra il vaccino fu reso obbligatorio per i neonati entro il terzo mese di vita. Gli attacchi all'obbligo vaccinale divennero più aspri dal 1860, con l'attuazione di meccanismi di coercizione indiretta più efficaci che prevedevano anche la reclusione. L'opposizione era basata perlopiù sul contrasto dell'obbligo vaccinale con l'integrità fisica e la libera disposizione del proprio corpo, anche se si registrarono anche motivi filosofico-religiosi, come l'idea che l'inoculazione di materiale animale potesse ricadere nel chimerismo. Tutto questo portò il Regno Unito al riconoscimento, nel 1898, di una clausola di coscienza, che consentì l'esenzione su autorizzazione giudiziale.

² Legge 22 dicembre 1888, n. 5849, sull'ordinamento dell'amministrazione e dell'assistenza sanitaria del Regno. L'articolo 51 dispone che "la vaccinazione è obbligatoria", rinviandone però la regolamentazione e attuazione concreta ad un apposito regolamento del Ministero dell'interno. In concreto sembra che tali provvedimenti venissero adottati in caso di emergenza, ai sensi dell'art. 49 della stessa legge. Per approfondimenti si veda E. TOGNOTTI, *Vaccinare i bambini tra obbligo e persuasione: tre secoli di controversie. Il caso dell'Italia*, cit., p. 19 ss.

³ Testo unico delle leggi sanitarie, introdotto con R.D. del 27 luglio 1934, n. 1265, art. 266.

⁴ Legge 6 giugno 1939, n. 891 che introduce e regola l'obbligo di vaccinazione antidifterica, art. 3.

⁵ Questa sorta di "sanzione indiretta" è stata aspramente criticata per far ricadere sul minore gli effetti delle violazioni dei propri genitori, senza neppure offrire una tutela concreta alla loro salute, che rischia di essere pregiudicata dall'omissione del vaccino. Solo con DPR 26 gennaio 1999, n. 355 si è disposto che la mancata presentazione del certificato non comporta il bando del minore da scuola. Attualmente, il divieto di accesso ai servizi di istruzione per il minore non vaccinato è limitato all'asilo e alla scuola materna.

⁶ È il caso, ad esempio, dell'obbligo di vaccinazione contro il tetano previsto dalla legge 5 marzo 1963, n. 292 per alcune categorie di lavoratori.

⁷ Tale circostanza è dovuta al fatto che, secondo quanto scientificamente accertato, il bambino ha maggiore necessità del vaccino, non avendo un sistema immunitario completamente sviluppato ed essendo pertanto meno in grado di combattere le infezioni, tanto che alcune malattie possono avere conseguente molto più gravi, se non mortali, se contratte da piccoli. Ciò fa sì che il minore sia più esposto alle malattie e di conseguenza possa trasmetterle con maggiore facilità agli adulti. Inoltre, il vaccino è spesso molto più efficace sul bambino, generando una risposta immunitaria più forte e livelli di anticorpi più elevati. Generalmente, i vaccini vengono somministrati nei primi mesi di vita perché è proprio allora che vengono a

Negli anni sono susseguite varie normative, con le relative politiche sanzionatorie: dapprima più severe e di natura penale, successivamente più tenui, di natura economica e non, come il già accennato divieto di frequentare le scuole per i minori non vaccinati, ma sempre secondo una logica di coercizione indiretta.

Bisogna infatti specificare che l'Italia non ha mai imboccato la strada del trattamento vaccinale coercitivo: chi rifiuta il vaccino, cioè, non può essere costretto con la forza a subire l'inoculazione della sostanza⁸.

Il fatto che il vaccino si qualifichi come un trattamento sanitario obbligatorio comporta, tuttavia, che chi vi si sottopone non deve prestare il consenso informato proprio dei trattamenti terapeutici.

Quali sono le conseguenze? I genitori che sono obbligati a far vaccinare il figlio senza consenso informato, non possono pretendere nessuna garanzia, a pena di sanzione?

Absolutamente no.

Già da anni, la Guida all'esercizio professionale per i medici chirurghi e gli odontoiatri ha chiarito che la qualifica di trattamento obbligatorio non esclude che si tratti di un trattamento sanitario: «il rapporto tra medico e paziente deve quindi essere improntato alle stesse regole di qualsiasi altro trattamento sanitario»⁹. In particolare, non solo si deve fare il possibile per ricercare il consenso del paziente, ma l'obbligatorietà del trattamento e la non necessità del consenso non fa venire meno gli obblighi di informazione: il medico deve effettuare l'anamnesi e valutare quali rischi

manicare gli anticorpi trasmessi dalla madre e la salute del minore è più minacciata. Si veda *Vaccines and immunization: What is vaccination?*, in *who.int*; *COVID vaccines and kids: five questions as trials begin*, in *nature.com*; *Perché si fanno tanti vaccini già a partire dai primi mesi di vita?*, in *fondazioneveronesi.it*. Questa appena illustrata è una specificazione, a parere di chi scrive, non secondaria. Infatti, in sede di discussione della legge di conversione del d.l. 73/2017 che, si ricordi, ha implementato l'obbligo vaccinale per i minori, sono emersi dubbi sull'opportunità di vaccinare questi ultimi, introducendo piuttosto un obbligo vaccinale per gli adulti. Si veda il resoconto stenografico della seduta dell'Assemblea n. 842 di mercoledì 26 luglio 2017, in *camera.it*.

⁸ Sulla distinzione, pacifica seppur assente nell'art. 32 Cost., tra trattamenti obbligatori e coercitivi si veda A. ALPINI, «Vaccinazioni obbligatorie» e «obiezione di coscienza», in *Rassegna di diritto civile*, 4/2011, pp. 1035-1038.

⁹ Il riferimento è alla Guida del 1994; citazioni tratte da Comitato Nazionale per la Bioetica, *Le vaccinazioni*, Roma, 22 settembre 1995, p. 31.

corra quel soggetto specifico rispetto al vaccino, ossia se vi siano delle controindicazioni croniche o temporanee¹⁰.

Bisogna allora sgombrare il campo, quando si parla di obiezione di coscienza all'obbligo vaccinale, da tutti quei rifiuti, o meglio quelle istanze di esenzione, che si pongano, invece, sul piano della mancanza di informazione sui rischi specifici, sull'assenza di profilassi per il caso concreto.

La stessa Corte costituzionale ha sottolineato la necessità di prevenire il più possibile gli effetti collaterali più gravi, affermando che il trattamento va eseguito con tutte le cautele rese opportune dalle attuali conoscenze scientifiche e invitando il legislatore a predisporre dei protocolli specifici a riguardo¹¹. Anche la legge, come si è detto, già dal 1934 ha sentito l'esigenza di prevedere la possibilità di esoneri e differimenti legati alla salute del singolo. È quindi implicito che vi debbano essere delle verifiche mediche prima di procedere.

Pertanto, il rifiuto del vaccino legato all'assenza di queste verifiche o all'assenza di informazione non ha nulla a che fare con l'obiezione di coscienza, ma si pone piuttosto su un piano simile all'*exceptio doli*¹²: se lo Stato non garantisce al cittadino le condizioni

¹⁰ In questo senso si è espressa anche la Corte costituzionale: tra le garanzie da assicurare in sede di esecuzione del vaccino «va ricompresa la comunicazione alla persona che vi è assoggettata, o alle persone che sono tenute a prendere decisioni per essa e/o ad assisterla, di adeguate notizie circa i rischi di lesione (o, trattandosi di trattamenti antiepidemiologici, di contagio), nonché delle particolari precauzioni, che, sempre allo stato delle conoscenze scientifiche, siano rispettivamente verificabili e adottabili.»; si veda Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro It.*, 1990, I, p. 2694 ss.

¹¹ Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Foro It.*, I/1995, p. 1451 ss. La Corte conclude richiamando l'attenzione del legislatore sul problema della carenza di protocolli preventivi specifici, «affinché [...] siano individuati e siano prescritti in termini normativi, specifici e puntuali, [...] gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicità». Un invito che sembra in realtà rimasto lettera morta secondo ALPINI, «Vaccinazioni obbligatorie» e «obiezione di coscienza», cit., p. 1045. In senso analogo C. AMATO, *L'obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse del figlio*, in *Fam. e Dir.*, 4/2014, p. 371 ss., afferma che l'assenza di un protocollo ufficiale di indagini cliniche che possa escludere l'incompatibilità di un soggetto rispetto alla vaccinazione rappresenterebbe una giusta ragione, per i genitori, per invocare il principio di precauzione e richiedere di non vaccinare il proprio figlio.

¹² In senso contrario, ritiene opportuno invocare l'obiezione di coscienza ALPINI, «Vaccinazioni obbligatorie» e «obiezione di coscienza», cit., pp. 1058-1059. In particolare, l'A. sostiene che in caso di carenza informativa «legittimo sarà l'esercizio dell'obiezione di coscienza sulla base del principio di precauzione [...]. L'obbligatorietà delle leggi sulle vaccinazioni [...] viene meno poiché la prestazione chiesta all'obbligato diventa inesigibile». Così ragionando si incappa in una insanabile contraddizione: innanzitutto, se decade l'obbligo, non si può invocare

stabilite a tutela della sua salute, questi legittimamente ha diritto di esigerle e di non adempiere all'obbligo fino all'adempimento delle stesse. Si ricordi, infatti, che la Consulta ha più volte affermato che l'obbligo vaccinale si basa in primo luogo sul principio di beneficiabilità: il vaccino, cioè, dev'essere benefico prima di tutto per il singolo. Il rischio che il cittadino deve affrontare in adempimento del dovere di solidarietà è un rischio minimo, non un rischio rilevante e prevedibile di poter subire danni permanenti¹³.

Altresì è necessario distinguere l'obiezione di coscienza all'obbligo in oggetto dal rifiuto motivato dalla presunta mancanza di adeguate garanzie sulla sicurezza del vaccino. Questa disobbedienza si pone sul piano della legittimità dell'obbligo vaccinale e avrebbe come obiettivo, piuttosto che il riconoscimento dell'obiezione, la declaratoria di incostituzionalità dell'obbligo o in ogni caso l'abrogazione dello stesso.

Come sopra accennato, infatti, la Corte ha affermato che «soprattutto, [...] un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e pertanto tollerabili»¹⁴. Affinché il vaccino rispetti questi requisiti, è evidente che debba essere sufficientemente sperimentato e sicuro. Qualora non vi siano dati disponibili e/o sia la stessa comunità scientifica ad evidenziarne i forti rischi per la salute, l'obbligo vaccinale sarebbe incostituzionale per violazione dell'art. 32 Cost.

l'obiezione, che per definizione si solleva rispetto a un obbligo. In secondo luogo, se il rifiuto si basa sul principio di precauzione, ossia il diritto di preservare i propri figli da un danno grave alla salute, allora non si può parlare di obiezione di coscienza, mancando le ideologie alla base del rifiuto. Tant'è che l'A conclude che «il rifiuto [...] risulta non una presa di posizione meramente ideologica, ma adempimento del dovere di preservare e garantire la salute del minore».

¹³ Ciò concordemente al disposto dell'art.32 Cost., che pone, per i trattamenti obbligatori, i limiti del rispetto della persona. Si veda Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit.; Corte cost., ord., 22 luglio 2004, n. 262, in *cortecostituzionale.it*. Si ricordi, infatti, che il meccanismo dell'indennizzo per danni alla salute conseguenti al vaccino presuppone un'attività lecita. Qualora, invece, il vaccino venga effettuato senza le relative garanzie previste a tutela della salute del singolo è possibile chiedere il risarcimento del danno con apposito giudizio, essendosi concretizzato un illecito.

¹⁴ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit.

A ciò si aggiunga che l'OMS ha recentemente enunciato i parametri etici per vagliare la legittimità dell'obbligo vaccinale¹⁵ -sui quali si tornerà in seguito-, sottolineando, in particolare, l'indispensabilità di disporre di prove sufficienti sulla sicurezza del vaccino¹⁶. Qualora i dati manchino, siano troppo pochi o, ancora, indichino la presenza di rischi associati alla vaccinazione maggiori rispetto a quelli che si correrebbero senza vaccinarsi, l'obbligo vaccinale non sarebbe eticamente giustificato, soprattutto senza la previsione di esenzioni legate a controindicazioni mediche.

In conclusione, non possiamo parlare di obiezione di coscienza tutte quelle volte in cui il rifiuto del vaccino non si associa a motivazioni ideologiche, filosofiche o religiose, ma piuttosto si basa ragioni oggettive e su una diversa interpretazione dello stesso diritto tutelato dall'obbligo vaccinale: il diritto alla salute¹⁷.

2. L'obbligo vaccinale nel decreto-legge 44/2021

Ancor prima della pubblicazione del d.l. 44/2021, che ha introdotto l'obbligo vaccinale contro il coronavirus per i lavoratori del settore sanitario, la dottrina si è interrogata sulle tutele che il datore dovesse apprestare nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia, specificamente se egli potesse (o dovesse) imporre ai propri dipendenti di vaccinarsi¹⁸.

¹⁵ World Health Organization, *Covid-19 and mandatory vaccination: ethical considerations and caveats*, in *who.int*, 13 april 2021. Il documento individua sei punti eticamente rilevanti coi quali dovrebbero confrontarsi gli Stati che desiderano introdurre un obbligo vaccinale.

¹⁶ In tal senso si è espresso anche il CNB: «è indispensabile ricorrere a sperimentazioni cliniche controllate e su larga scala»; si veda Comitato Nazionale per la Bioetica, *Le vaccinazioni*, cit., p. 21

¹⁷ In questo senso F. ZUOLO, *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale*, in *Forum sul BioDiritto*, Trento, 2008, p. 7.

¹⁸ In senso affermativo, con obbligo retto da sanzioni indirette, R. RIVERSO, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 5/2021, p. 437 ss. In senso contrario, M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, p. 89 ss., il quale, tuttavia, non esclude che il datore possa prendere provvedimenti contro il lavoratore che rifiuti di vaccinarsi, a prescindere da ogni considerazione sull'antigiuridicità del rifiuto del vaccino, lasciando aperta la questione. Vale la pena ricordare che l'INAIL, con Istruzione operativa del 1 marzo 2021 sulla tutela assicurativa Inail e rifiuto di sottoporsi a vaccino anti Covid-19 da parte del personale infermieristico, ha affermato che il personale infermieristico può legittimamente rifiutare il vaccino e altresì, ove si contagi sul lavoro, usufruire della copertura assicurativa INAIL.

In particolare, si è ipotizzato che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, dell'articolo 2087 c.c. e soprattutto degli articoli 279, 41 e 42 del Testo Unico sulla Salute e Sicurezza sul Lavoro (d'ora in poi TUSL), sul datore gravasse l'obbligo -una volta introdotto un vaccino efficace e sicuro contro il covid-19- di vigilare sulla vaccinazione dei propri dipendenti¹⁹. La mancata adozione di queste misure sarebbe fonte di responsabilità civile e penale per il datore di lavoro²⁰.

È pur vero che le disposizioni del TUSL si riferiscono a un vaccino di cui il datore stesso potrebbe disporre e di cui potrebbe curare la somministrazione per mezzo del medico competente. Tuttavia, si ipotizza, la doverosità delle cautele non cesserebbe per il fatto che il vaccino contro il covid-19 è gestito solo dallo Stato e viene somministrato dalle strutture sanitarie autorizzate.

Tra gli argomenti più importanti a sostegno della tesi del potere/dovere del datore di vaccinare i dipendenti si richiama la sentenza con la quale la Corte costituzionale ha sancito la necessità di effettuare accertamenti sanitari obbligatori sul posto di lavoro per prevenire il contagio da HIV, per tutte quelle attività che presentino uno specifico rischio di trasmissione della malattia²¹.

¹⁹ R. RIVERSO, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, cit, p. 437 ss.. Il riferimento è al Testo unico introdotto con d.lgs. 81/2008: in particolare, il covid-19 sarebbe qualificabile come agente biologico con rischio di tipo 3 (ossia rischio elevato, in una scala da 1 a 4). Da ciò sorgerebbe l'obbligo del datore di garantire le misure di controllo e prevenzione ex art. 279 del TUSL, in particolare la messa a disposizione di vaccini efficaci da somministrare a cura del medico competente e l'allontanamento temporaneo del lavoratore in caso di inidoneità allo svolgimento delle mansioni.

²⁰ L'omissione delle misure preventive ex art. 279 TUSL è punito ai sensi dell'art. 282 dello stesso T.U., con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2.740,00 € a 7.014,40€. Sono previste delle sanzioni anche per le violazioni effettuate dal medico competente. Si vedano anche gli artt. 18, 25 e 45 TUSL. R. RIVERSO, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, cit., p. 437 ss. sottolinea che la responsabilità del datore non sarebbe oggettiva, ma connessa alla violazione degli obblighi di prevenzione ed esclusa solo in caso di cosiddetto rischio elettivo.

²¹ Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 2096 ss. La ricorrente lavorava come operatrice assistenziale e, a seguito del rifiuto di sottoporsi a test HIV, era stata sospesa dal servizio, pur mantenendo la retribuzione. L'obbligo di sottoporsi a test HIV era già previsto per legge per le forze di polizia; coloro che si rifiutavano di sottoporsi al test dovevano essere sospesi dal servizio, in quanto oggettivamente inidonei a svolgere le relative mansioni (si pensi all'alto rischio di spargimento di sangue nelle operazioni di polizia). La Corte afferma che, pur in assenza di una normativa che individui le attività a rischio di contagio HIV, queste non possono ritenersi limitate alle attività delle forze di polizia, ed estende gli accertamenti sanitari obbligatori anche alle attività di assistenza e cura della persona.

«Le attività che, in ragione dello stato di salute di chi le svolge, rischiano di mettere in pericolo la salute dei terzi, possono essere espletate solo da chi si sottoponga agli accertamenti necessari per escludere la presenza di quelle malattie infettive o contagiose, che siano tali da porre in pericolo la salute dei destinatari delle attività stesse»²². La Corte qualifica il test HIV (prelievo di sangue e analisi) come un trattamento sanitario obbligatorio e lo ritiene compatibile con l'art. 32 Cost.²³ per l'esigenza di tutelare la salute dei terzi che vengano in contatto coi lavoratori e conseguentemente corrano un rischio di contagio non volontariamente assunto. Detti accertamenti, obbligatori per legge solo per le forze di polizia, a pena di esclusione dai servizi più rischiosi²⁴, devono necessariamente estendersi a ogni attività che parimenti presenti un serio rischio di contagio. A questo punto è importante sottolineare come la Consulta, nel caso di specie, estenda l'obbligo di eseguire il test HIV ai lavoratori del settore dell'assistenza e cura alla persona, senza tuttavia precluderne l'estensione ad altri settori ed in assenza di una precisa determinazione del legislatore, che peraltro neppure si invoca.

Fatte queste premesse, sussisterebbe quindi l'obbligo del datore di vigilare sulla vaccinazione contro il covid-19; in caso di rifiuto della vaccinazione, il lavoratore potrebbe essere allontanato dalle attività di rischio, soggetto alla modifica di mansioni, pur con la stessa retribuzione, alla sospensione o finanche al licenziamento per giusta causa²⁵.

Queste conclusioni sono avversate da chi ritiene che vi osti la necessaria previsione esplicita e legislativa di un obbligo vaccinale contro il covid-19²⁶.

²² *Ibidem*

²³ Pur sottolineando la necessità di garantire la riservatezza dei dati e tutelare la persona da ogni discriminazione che possa derivare dal contagio da HIV nella vita privata e professionale.

²⁴ Anch'essi determinati per legge: art. 15 d.l. 276/1990.

²⁵ Sono le sanzioni previste dall'articolo 42 TUSL e dalla relativa giurisprudenza. Si veda tra le altre Cass., sez. lavoro, 28 aprile 2017, n. 10576, in *Lavoro nella Giur.*, 2017, 11, p. 978 ss., che ha affermato la legittimità del licenziamento «solo in presenza della perdita totale della capacità lavorativa, ovvero di una situazione di pericolo per la salute e l'incolumità degli altri lavoratori».

²⁶ G. PELLACANI, *Vi spiego perché non si può licenziare chi non si vaccina contro Covid-19*, in *startmag.it*, 10 gennaio 2021. In senso contrario, secondo R. RIVERSO, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, cit, p. 437 ss., secondo il quale la riserva di legge per i trattamenti sanitari obbligatori può considerarsi non violata sulla base del diritto positivo e di un sistema normativo, come il TUSL e l'art. 2087 c.c.

A parere di chi scrive, per avallare l'obbligo del datore di attuare le necessarie garanzie per prevenire la diffusione del contagio sul luogo di lavoro non è necessario postulare un obbligo di vaccinazione. Si tratterebbe, piuttosto, di condizioni di idoneità per lo svolgimento di determinate mansioni, in assenza delle quali il datore dovrebbe ricorrere alle misure ex art. 42 TUSL²⁷. Anche a voler sostenere che dette misure si qualificano come sanzioni indirette ed istituiscano sostanzialmente un trattamento sanitario obbligatorio, quest'ultimo sarebbe legittimato in base alla giurisprudenza costituzionale sopra citata: non si parlerebbe di trattamenti sanitari «indiscriminati, di massa o per categorie di soggetti, ma di accertamenti -che la Corte assimila a trattamenti sanitari obbligatori- circoscritti, sia nella determinazione di coloro che vi possono essere tenuti, costituendo un onere per poter svolgere una determinata attività, sia nel contenuto»²⁸.

Di fatto, c'è stato poco tempo per discutere di queste problematiche nell'ambito delle attività sanitarie, ossia quello che, non a caso, sembra essere più a rischio per la diffusione del contagio da covid-19. Tuttavia, è opportuno segnalare un provvedimento del Tribunale di Belluno che, nel mese di marzo, sposando la tesi illustrata, ha ritenuto immune da vizi il collocamento in ferie forzate dei dipendenti di una casa di riposo che, per il rifiuto di vaccinarsi, erano stati valutati inadatti dal medico competente²⁹.

²⁷ Ciò a tutela della salute di tutti i lavoratori e degli eventuali terzi che si trovino nei luoghi di lavoro. Una diversa soluzione graverebbe, *in primis*, sui lavoratori più fragili, impossibilitati a vaccinarsi, i quali dovrebbero allora subire le sanzioni ex art. 42 TUSL, pur essendo il vero pericolo costituito dai lavoratori non vaccinati. Altresì, vista la facilità del contagio da covid-19, questa soluzione tutelerebbe il datore dal rischio che tanti dipendenti si assentino per malattia. Non essendo questa la sede per esaurire la trattazione del problema, la scrivente si limita a riflettere sull'eventuale necessità che sia il legislatore a stabilire quali siano le attività a rischio, e dunque quando sul datore gravino gli obblighi in questione; la contagiosità del covid-19 farebbe pensare che le cautele debbano essere adottate per qualsiasi attività. La sentenza C. cost. 218/1994 sembra però deporre a favore di una soluzione caso per caso. Le priorità individuate dal piano vaccinale potrebbero forse essere d'aiuto alla soluzione della questione: i datori delle attività che prevedono un contatto stretto con le fasce di popolazione delle categorie più a rischio secondo il piano, dovrebbero essere obbligati ad allontanare i lavoratori non vaccinati?

²⁸ Sembra allora delinearci una differenza tra obblighi vaccinali ex l. 833/1978 e trattamenti sanitari volti unicamente a garantire la sicurezza sul luogo di lavoro.

²⁹ Trib. Belluno, ord., 19 marzo 2021, in *leggiditaliprofessionale.it*. Il provvedimento, reso in sede di ricorso ex art. 700 c.p.c. per la sospensiva dell'ordine di collocamento in ferie forzate, si appella soprattutto all'art. 2087 c.c., il quale impone al datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica dei suoi dipendenti. Non cita, stranamente, il TUSL.

A seguito dell'immissione in commercio dei primi vaccini a gennaio 2021, il primo aprile viene pubblicato il d.l. 44/2021, attualmente convertito, con modificazioni, nella legge 76 del 28 maggio 2021.

L'articolo di riferimento è l'articolo 4. Al primo comma, enuncia come principio generale l'obbligo di vaccinazione per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, impiegati sia nel pubblico che nel privato: «la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione».

Il secondo comma prevede delle eccezioni a questo principio: l'obbligo di vaccinazione è omesso o differito in caso di documentato pericolo per la salute. Questa previsione è in linea con quanto illustrato nel precedente paragrafo e garantisce che tutti coloro che, per motivi oggettivi, non possono vaccinarsi, non subiranno ripercussioni dal punto di vista lavorativo. Il comma 10 dispone, infatti, che in questa ipotesi il datore di lavoro «adibisce»³⁰ il lavoratore a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione.

I commi successivi disciplinano la procedura da seguire in caso di violazione dell'obbligo vaccinale: a seguito della segnalazione dei nominativi dei professionisti non vaccinati ad opera della Regione, questi vengono contattati dalla ASL competente per fornire, entro cinque giorni, la documentazione comprovante la richiesta, l'effettuazione, l'omissione o il differimento del vaccino. In assenza di giusta causa, la ASL invita formalmente l'interessato ad adempiere all'obbligo, indicando le modalità e i termini di vaccinazione. In difetto di adempimento entro i termini, l'ASL emette un atto di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo, lo comunica all'interessato, al datore di lavoro e al relativo Ordine professionale; l'accertamento determina la sospensione dal diritto di svolgere le mansioni a rischio di diffusione del contagio.

A seguito della sospensione, secondo quanto dispone il comma 8, il datore «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». Quando ciò non è possibile, il lavoratore è sospeso senza retribuzione o altro compenso o emolumento. La sospensione, con modifica delle mansioni e variazione della retribuzione o senza mansioni né retribuzione, può

³⁰ Si noti il contrasto con l'utilizzo della formula "adibisce, se possibile", previsto nell'ipotesi di rifiuto della vaccinazione obbligatoria.

protrarsi solo fino alla completa attuazione del piano vaccinale e in ogni caso non oltre il 31 dicembre 2021.

In conclusione, si noti come queste norme riprendono solo in parte il modello previsto dall'art. 42 TUSL³¹, concepito per tutelare i lavoratori incolpevolmente privi dei requisiti di idoneità allo svolgimento della mansione. Specificamente, il d.l. 44/2021 prevede delle tutele analoghe al TUSL nel caso in cui il lavoratore benefici dell'omissione o differimento dell'obbligo vaccinale anti-covid per ragioni sanitarie obiettive. Per chi, invece, si sottrae volontariamente all'obbligo, è prevista una tutela deteriore: si coglie così il profilo della coercizione indiretta³².

3. Obiezione di coscienza all'obbligo vaccinale: la giurisprudenza italiana e la recente decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

L'obiezione di coscienza è definibile come quell'atteggiamento di chi, di fronte ad una norma dell'ordinamento giuridico che contrasta con i principi fondamentali delle proprie convinzioni etiche, si rifiuta di rispettarla, omettendo di eseguire il *facere* che essa impone e assumendo, quale motivo pubblicamente dichiarato, il contrasto con le suddette concezioni interiori.

Sono molte le caratteristiche della fattispecie che emergono da questa definizione.

³¹ Si ricordi che l'art. 42 TUSL prevede che il datore «adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori, garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza».

³² Una prospettiva simile al divieto di accesso del minore alle scuole. Proprio sotto questo profilo si differenzia l'approccio delle due normative, quella del TUSL e quella del d.l. 44/2021, che debbono allora considerarsi compatibili e non sovrapponibili: la prima, finalizzata alla tutela della salute nei luoghi di lavoro, prevede che il lavoratore debba percepire la stessa retribuzione, salvo licenziamento per giusta causa. La seconda, in base a un obbligo e una logica sanzionatoria, prevede la riduzione o sospensione della retribuzione. La scelta del meccanismo della coercizione indiretta dimostra come il legislatore abbia recepito i dati emersi dalla prassi sull'obbligo vaccinale per i minori: l'eliminazione del divieto di accesso del minore alla scuola ha infatti causato la diminuzione dei minori vaccinati. Meno peso ha avuto, quale deterrente, la sanzione pecuniaria. In particolare, per il Piano Vaccinale 2017-2019 il Parlamento, in sede di conversione del d.l., ha drasticamente ridotto l'importo previsto (portandolo da un massimo di 7.000,00€ a una sanzione dai 100 ai 500 €), scelta criticata da M. RENNA, *Profili civilistici delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 6/2018, p. 1448 ss., la quale ha sottolineato l'esigenza di prevedere una tutela concreta per il minore, soprattutto nei confronti dei genitori.

Innanzitutto, la personalità e individualità³³ dell'obiezione: la dichiarazione dell'obiettore è un atto personalissimo. In quanto tale, non si può effettuare per mezzo di un rappresentante e ha effetti solamente per colui che la invoca: pertanto, i genitori non possono sollevare obiezione di coscienza per i figli³⁴. La personalità della dichiarazione si riflette sugli effetti della stessa: la dottrina sottolinea come le ripercussioni dannose dell'omissione della prestazione debbano ricadere, in linea di principio, solamente sull'obiettore³⁵, il quale si ritroverebbe altrimenti a godere di un beneficio per la prestazione non eseguita.

Quanto all'individualità, spetta a ciascun individuo appellarsi alla propria coscienza e decidere se sollevare obiezione: sarebbe pertanto illegittima una legge che riconosca un'obiezione "di categoria", che valga, ad esempio, per tutti i cristiani, per il solo fatto di essere battezzati³⁶.

Altra caratteristica riguarda la natura assiologica dei motivi adottati, che non possono esaurirsi in una mera approvazione o negazione del contenuto di una norma, ma devono attenersi alle più intime, irrinunciabili e profonde convinzioni su temi di una certa rilevanza, tali da poter verosimilmente scatenare un conflitto altrimenti insanabile nel foro interno del soggetto: tali sono, *in primis*, i temi della vita e della religione³⁷.

³³ Vedi R. BERTOLINO, *Obiezione di coscienza, I, Profili teorici* in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X/1995, Torino, p. 250.

³⁴ La problematica si è posta soprattutto in contesti sanitari, anche al di fuori del contesto vaccinale oggetto della trattazione. Il riferimento è a Corte d'Assise d'Appello di Cagliari, 13 dicembre 1982, in *Giur. It.*, 1983, II, p. 364 ss.; la Corte condannò per omicidio colposo due coniugi, testimoni di Geova, che elusero l'ordine del Tribunale per i minorenni di sottoporre la figlia a periodiche trasfusioni; nessuna attenuante fu concessa per l'obiezione sollevata.

³⁵ V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli, 2009, p. 72; R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, 1995, p. 141;

³⁶ È in ossequio a questo principio che la l. 101/1989 riconosce agli ebrei, tra gli altri, il «diritto di fruire, su loro richiesta del riposo sabbatico come riposo settimanale» (art 4, secondo co.).

³⁷ Viceversa, non vi sarebbe norma che sfugga a una valutazione coscienziale, come rileva G. LO CASTRO, *Legge e coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989, II, p. 19. Vedi anche Corte cost., 3 dicembre 1993, n. 422, in *Giur. It.*, 1994, I, p. 169 ss.: «I motivi di coscienza [...] non coincidono con qualsiasi imperativo morale, ma riguardano [...] i comandi del foro interno riconducibili a concezioni generali» ad es. la concezione della vita, basata su profondi convincimenti religiosi, filosofici o morali professati dal soggetto. V. anche Corte EDU, *Campbell e Cosans contro UK*, 25 febbraio 1982, in *Foro It.*, 1983, IV, p. 117ss., che afferma che gli imperativi

Altro elemento essenziale dell'obiezione è che concerne solamente le prestazioni obbligatorie³⁸. Specificamente, la prestazione deve consistere in un *facere*, tale da poter connotare il rifiuto come astensione o omissione dell'obbligo imposto, mai quale azione in contrasto con un divieto³⁹; in assenza di una prestazione obbligatoria, mancherebbe proprio quel peculiare contrasto con l'ordinamento che rappresenta la caratteristica principale della fattispecie.

Una volta illustrati i principali tratti dell'obiezione di coscienza è doveroso soffermarsi sulla natura assiologica dei motivi che la fondano. Si ricordi che l'obbligo vaccinale in Italia riguardava solo minorenni; pertanto, carenti i requisiti della personalità e individualità propri dell'obiezione, di quest'ultima non si è mai trattato nella giurisprudenza italiana con riguardo all'obbligo vaccinale. Una breve analisi della casistica è tuttavia utile per dimostrare che, generalmente, il rifiuto del vaccino non si basa su profonde concezioni ideologiche e morali, su imperativi interiori dell'individuo, bensì su mere opinioni personali.

Nella giurisprudenza di merito si è ritenuto insufficiente a legittimare l'esenzione del minore dall'obbligo vaccinale la convinzione di pericolosità del trattamento, propria dei genitori, che si basi su teorie scientifiche minoritarie⁴⁰. Neppure si è ritenuta giustificabile l'esenzione con una generica opposizione dei genitori all'obbligo vaccinale⁴¹. Si tratta, in questi casi, di un rifiuto del vaccino che non si fonda su imperativi ideologici.

su cui si basa l'obiezione devono essere connotati da un «certo grado di forza, serietà, coerenza ed importanza».

³⁸ Cfr. Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in *Foro It.*, 1981, I, p. 625 ss., che, nell'affrontare la questione dell'obiezione al giuramento, specifica che «rimangono al di fuori del presente giudizio [...] le formule dei giuramenti che, non costituendo atti da qualificare obbligatori, rappresentano piuttosto *condiciones iuris* per l'assunzione di pubblici uffici».

³⁹ In tal senso A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., p. 251, sottolinea come l'impossibilità di configurare una obiezione positiva si ricolleggi alla difficoltà di legittimare l'obiezione c.d. fiscale.

⁴⁰ App. Bari, sez. minori, 6 febbraio 2002, in *Giur. di merito*, 2002, p. 988 ss. In senso analogo App. Perugia, 13 dicembre 1996, in *Rass. Giur. Umbria*, 1997, p. 17 ss., che ritiene indispensabile l'accertamento di un rischio sanitario oggettivo da parte delle autorità competenti.

⁴¹ App. Bari, sez. minori, 12 febbraio 2003, in *Gius.*, 10/2003, p. 1117 ss.

Diversamente, un esempio di rifiuto del vaccino legato a ragioni che potrebbero giustificare un'obiezione di coscienza è il contrasto dello stesso con le proprie convinzioni religiose o con la propria filosofia di vita, come nel caso del naturismo⁴².

La Corte costituzionale italiana si è occupata solo due volte, con pronunce risalenti, del contrasto tra obbligo vaccinale e convincimenti personali. Nel primo caso⁴³ la questione di legittimità, sollevata riguardo l'obbligo di vaccinazione antipoliomelittica, in quanto ritenuto dannoso, è stata dichiarata inammissibile in quanto fondata su valutazioni «di carattere metagiuridico [...] contrapponendo, ad una legge palesemente intesa alla tutela della salute, un generico e soggettivo convincimento della sua inopportunità». Ritorna quindi il tema della scarsa importanza del mero convincimento personale.

Nel secondo caso, di fronte alla questione di legittimità costituzionale sollevata relativamente all'obbligo di vaccinazione antipoliomelittica e antitetanica, per l'assenza di previsione dell'obiezione di coscienza, la Corte dispone la restituzione degli atti al giudice *a quo*⁴⁴. La Consulta, pertanto, non è mai entrata nel merito della questione.

La problematica è stata invece affrontata da un'importantissima e assai recente sentenza della Grande Camera della Corte EDU, resa nel caso *Vavříčka e altri contro Repubblica Ceca*⁴⁵. I ricorrenti sono dei cittadini che hanno violato l'obbligo di vaccinare i propri figli: ne è conseguita una sanzione pecuniaria modesta e il divieto, per i minori,

⁴² Per un'analisi approfondita della posizione delle maggiori religioni e ideologie relativamente ai vaccini si veda M. L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7/2020, pp. 41-49. Riguardo al naturismo vale la pena di ricordare il caso del minore Angelo Francesco Rosso, i cui genitori, naturisti, si rifiutavano addirittura di mangiare zucchero perché alimento raffinato e quindi non naturale. A seguito del rifiuto di sottoporlo alle vaccinazioni obbligatorie e all'esclusione del minore dalle scuole per quasi due anni, il caso ottiene l'attenzione della stampa nazionale e il Ministro dell'istruzione decide infine -con un provvedimento *ad hoc*- di ordinare alla direzione della scuola elementare del minore di ammetterlo alla frequenza.

⁴³ Corte cost., ord., 2 febbraio 1988, n. 134, in *Giur. Costit.*, 1988, I, p. 459 ss.

⁴⁴ Corte cost., 31 maggio 1983, n. 142, in *Foro It.*, 1983, I, p. 2656 ss. La questione si fondava anche sull'asserita natura di norme regolamentari di quelle che imponevano l'obbligo vaccinale. Poiché a tali norme sopraggiunse la legge 689/1981, si impose il riesame della questione alla luce della disciplina sopravvenuta.

⁴⁵ Grande Camera, 8 aprile 2021, *Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 47621/13, in *hudoc.echr.coe.int*, commentata da M. L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2021, p. 272 ss.

di accedere alle scuole dell'infanzia; divieti che secondo i ricorrenti contrasterebbero, in particolare, con gli articoli 8 e 9 CEDU.

Riguardo il primo profilo, la Corte ritiene che l'obbligo vaccinale configuri senz'altro una violazione della vita privata. Tuttavia, nel caso in esame, quest'ultima si ritiene giustificata, assolvendo sia al requisito della riserva di legge, sia al perseguimento di una finalità necessaria, in una società democratica, alla protezione della sicurezza nazionale e della salute altrui. Detta finalità si concretizza nel raggiungimento dell'immunità di gregge, il cui perseguimento viene adeguatamente bilanciato rispetto alla libertà di autodeterminazione del genitore, mediante la previsione di una sanzione pecuniaria, ritenuta di modesta entità, e del divieto di accesso alla scuola dell'infanzia, considerata un pregiudizio solo transitorio per il minore. A maggior ragione, tale scelta risulta immune da critiche considerata l'ampia discrezionalità di cui beneficia lo Stato in materia, stante l'assenza di un consenso europeo in merito alla strategia da seguire per il raggiungimento dell'immunità di gregge⁴⁶.

Passando al secondo punto, quello più importante per la trattazione, la Corte si pronuncia per la prima volta sul rapporto tra obbligo vaccinale e articolo 9, che tutela la libertà di pensiero, coscienza e religione. Premesso che i ricorrenti basavano il proprio rifiuto su ragioni di natura non religiosa, ma ideologico/filosofica, la Corte conclude per l'assenza della violazione perché le opinioni addotte «non sono tali da costituire una convinzione o una credenza che abbia sufficiente forza, serietà, coerenza e importanza tale da attrarre le garanzie previste dall'articolo 9».⁴⁷

⁴⁶ Le strategie possono raggrupparsi in quattro tipi: obbligo vaccinale con coercizione, obbligo senza coercizione, obbligo senza coercizione e con obiezione di coscienza, raccomandazione. Si veda F. ZUOLO, *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale*, cit., p. 10 ss. Per approfondire con esempi dei vari Stati che hanno adottato i diversi modelli si veda M. L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, cit., p. 53 ss. L'A. sottolinea che l'obbligo con possibilità di obiezione di coscienza è diffuso soprattutto negli USA. Tuttavia, con le recrudescenze delle epidemie del 2019 molti Stati hanno eliminato questa possibilità. In ambito europeo, gli Stati che prevedono l'obbligo vaccinale sono sostanzialmente Italia e Francia; gli altri optano per la raccomandazione.

⁴⁷ I ricorrenti, nel giudizio effettuato in Repubblica Ceca davanti alla Corte costituzionale, avevano addotto perlopiù motivazioni sanitarie, non ideologiche. Davanti alla Corte EDU, i ricorrenti sostenevano di essere profondamente convinti che i vaccini nuocessero alla salute e, pertanto, la loro coscienza rendeva impossibile far vaccinare i propri figli.

È una soluzione che, a parere di chi scrive, non soddisfa né convince.

Non soddisfa perché lascia le porte aperte a un'eventuale obiezione di coscienza fondata su motivazioni di natura religiosa. Non convince perché implica che il giudizio di ammissibilità dell'obiezione non si fondi su dati oggettivi, quali l'allarme epidemiologico e la prognosi delle conseguenze delle omesse vaccinazioni, ma su dati soggettivi e, invero, poco verificabili, come la forza delle convinzioni⁴⁸.

Sarebbe stato più adeguato, allora, adottare una soluzione netta e chiara che si basasse sul bilanciamento degli interessi e che sancisse la prevalenza della salute collettiva sulla libertà di coscienza, anche religiosa. Quest'ultima, si noti, non verrebbe soppressa del tutto, ma il suo esercizio sarebbe subordinato alla sopportazione delle sanzioni di coercizione indiretta, così da garantirne la serietà, scongiurando la diffusione degli obiettori di comodo⁴⁹.

4. Conclusioni

In questa sede occorre contestualizzare i principi sul rapporto tra obiezione di coscienza e obbligo vaccinale rispetto al caso del covid-19⁵⁰.

Le recenti recrudescenze di malattie che si pensavano sopite, in particolare del morbillo, hanno provocato, dal 2019, un rinnovato interesse per il dibattito sull'obbligo vaccinale per i minori, che lo stesso ordinamento italiano ha ritenuto di implementare. Tuttavia, la questione dell'obbligo vaccinale contro il covid-19, riguardante solo adulti, coinvolge interessi differenti.

Nel caso dell'obbligo vaccinale del minore, alla tutela della salute collettiva si affianca la tutela della salute del minore, da proteggere finanche contro gli stessi genitori. Non è un valore in gioco la libertà di coscienza, giacché, come si è visto, il

⁴⁸ Tale forza, se legata, come sembra essere secondo la Corte, all'appartenenza a una religione, sarebbe allora automaticamente riconosciuta nel caso in cui la ragione del rifiuto del vaccino corrisponda alla posizione ufficiale assunta da detta confessione? Ciò equivarrebbe a riconoscere un potere enorme ai ministri di culto e ai portavoce religiosi, a discapito della tutela della salute collettiva.

⁴⁹ In senso contrario a questa interpretazione, M. L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori*. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca*, 8 aprile 2021), cit., p. 272 ss. L'A. sostiene che la sentenza in esame consenta di affermare la contrarietà, in linea generale, della CEDU all'ammissibilità di deroghe all'obbligo vaccinale, sia per motivi religiosi che legati alla coscienza in senso lato.

⁵⁰ Ciò, pur nella consapevolezza della scarsità delle fonti, soprattutto dottrinali.

genitore non può sollevare obiezione per conto del figlio, e il minore soggetto all'obbligo è ben lontano dall'adolescenza e quindi si ritiene privo di autodeterminazione. La tutela della salute entra, semmai, in conflitto col diritto dei genitori all'esercizio della responsabilità genitoriale secondo le proprie convinzioni, che non può mai confliggere con la salute del minore⁵¹. Di vaccinazione del minore si è parlato, invero, anche nel caso del covid-19: la stampa nazionale ha diffuso la vicenda di un minore di diciassette anni che avrebbe voluto vaccinarsi nonostante il dissenso dei genitori⁵².

Nell'ipotesi dell'obbligo di vaccinazione contro il covid-19 gli interessi in gioco sono differenti: la tutela della salute collettiva si scontra con l'autodeterminazione terapeutica dell'individuo, il diritto al lavoro, la libertà di coscienza e -stavolta sì- si può parlare per la prima volta dell'opportunità di introdurre un vero e proprio diritto di sollevare obiezione di coscienza.

Tenendo a mente le condizioni per la configurabilità dell'obiezione di coscienza, occorre allora verificare se l'obbligo vaccinale contro il covid-19 abbia generato contrasti con ideologie filosofiche o religiose.

⁵¹ Tant'è che, in caso di rifiuto di far vaccinare il proprio figlio che non sia basato su ragioni mediche, è possibile ricorrere ai provvedimenti ex artt. 330 e 333 c.c. affinché un soggetto si sostituisca temporaneamente nell'esercizio della responsabilità genitoriale per far vaccinare il minore. In tal senso Trib. Minorenni Perugia, 20 giugno 1996, in *Rass. Giur. Umbra*, 1996, p. 630 ss.; App. Torino, 3 ottobre 1992, in *Dir. Famiglia*, 1993, p. 571 ss.; Corte cost., 27 marzo 1992, n. 132, in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 1670 ss.. Opportunamente si è rilevata l'ultroneità di detti provvedimenti, essendo necessaria una mera sostituzione momentanea limitata all'autorizzazione vaccinale, cui può supplire la ASL competente, ove non sussistano altre motivazioni per limitare la responsabilità genitoriale dei tutori. In tal senso Trib. Minorenni Bologna, 20 gennaio 1994, in *Gius.*, 1994, 17, p. 85 ss.; Trib. Minorenni Messina, 28 marzo 2000, in *Dir. Famiglia*, 2000, p. 1176 ss. In quest'ultimo caso, in particolare, il Tribunale per i Minorenni dichiara il difetto di giurisdizione, essendo la materia vaccinale sottoposta alla discrezionalità della P.A. e nei confronti della quale i genitori non avrebbero potere di opposizione.

⁵² La vicenda si è conclusa al di fuori dei Tribunali: di fronte alla minaccia di un'azione giudiziaria, i genitori hanno firmato la liberatoria al figlio. Si veda *Vaccini: 17enne va da avvocato e convince genitori no vax*, in *ansa.it*, 15 luglio 2021. In casi simili, poiché il minore non può rilasciare validamente procura a un legale, la soluzione auspicabile è che il minore stesso (o il genitore favorevole alla vaccinazione, in caso di contrasto tra genitori) solleciti il Pubblico Ministero a depositare ricorso al Giudice Tutelare per la nomina di un curatore speciale che rappresenti gli interessi del minore. In alternativa, la legge potrebbe prevedere una procedura analoga a quella disposta (con legge 6/2021) per il dissenso al vaccino da parte del tutore/curatore/amministratore di sostegno del soggetto incapace ricoverato in RSA, conferendo a un soggetto titolare di doveri di protezione (ad esempio il direttore scolastico) il potere di ricorrere al giudice tutelare.

Nel 2020 la rivista *Science* ha evidenziato come alcuni dei vaccini anti-covid-19, tra cui Astrazeneca e Jhonson&Johnson, venissero sviluppati su un terreno di coltura formato da cellule ricavate circa sessanta anni fa da feti abortiti volontariamente⁵³. Si è dunque partiti da questo dato per chiedersi se la dottrina cristiana, utilizzando l'argomento che rifugge la cosiddetta "cooperazione al male" a pena di scomunica *latae sententiae*, aprisse le porte alla necessità dei fedeli di sollevare obiezione di coscienza nei confronti di questo tipo di vaccini⁵⁴. Nel dicembre 2020, tuttavia, con una propria nota, la Congregazione per la Dottrina della Fede ha comunicato che non sussiste nessun conflitto tra vaccinazione contro il covid-19 e dottrina cristiana⁵⁵.

La varietà dei vaccini attualmente disponibili fa sì che il credente possa in ogni caso orientarsi verso l'utilizzo di un vaccino che non sia stato sviluppato con metodi che non divide. È pur vero che non è possibile scegliere il vaccino, ma una richiesta simile, motivata ed eventualmente documentata, sarebbe verosimilmente accolta, salvo sussistano controindicazioni sanitarie all'utilizzo di quel vaccino. In realtà il problema non è molto sentito, perché attualmente si utilizza principalmente il vaccino Pfizer⁵⁶.

A parte il caso del naturismo, pertanto, non risultano particolari contrasti tra filosofie o religioni e somministrazione del vaccino anti-covid-19.

⁵³ <https://www.sciencemag.org/news/2020/06/abortion-opponents-protest-covid-19-vaccines-use-fetal-cells>

⁵⁴ Interessantissima l'analisi di D. NERI, *Obiezione di coscienza, cooperazione al male e vaccini anti-covid*, in *The future of science and ethics*, 5/2020, p. 11 ss. L'autore conclude dichiarandosi favorevole a soluzioni compromissorie che non escludano del tutto l'obiezione di coscienza.

⁵⁵ Nota della Congregazione per la Dottrina della Fede sulla moralità dell'uso di alcuni vaccini anti-Covid-19, 21 dicembre 2020. Nella nota si legge che «quando non sono disponibili vaccini contro il covid-19 eticamente ineccepibili [...] è moralmente accettabile utilizzare i vaccini anti-Covid-19 che hanno usato linee cellulari provenienti da feti abortiti nel loro processo di ricerca e produzione»

⁵⁶ Con circolari del 21 aprile 2021 e dell'11 giugno 2021 il Ministero della salute ha rispettivamente raccomandato l'uso del vaccino Johnson&Johnson e ordinato l'utilizzo del vaccino Astrazeneca (ora Vaxzevria, entrambi vaccini a vettore virale) solo per le persone di età uguale o maggiore a sessant'anni. Tuttavia sembra che i vaccini a mRNA (Pfizer e Moderna), pur non avendo utilizzato linee cellulari fetali nella fase dello sviluppo vaccinale, le abbiano utilizzate nella fase di sperimentazione. Si tratta delle cosiddette "cellule HEK293T", che originano dalla coltivazione e moltiplicazione di cellule renali embrionali prelevate nel 1973 da un feto femminile in un laboratorio dei Paesi Bassi. Sul loro utilizzo nei vaccini a mRNA si veda *SARS-CoV-2 mRNA vaccine design enabled by prototype pathogen preparedness*, in *nature.com*.

Sarebbe opportuno, allora, prevedere la possibilità di sollevare obiezione di coscienza? Sarebbe opportuno prevedere, almeno in determinati casi, la possibilità di scegliere il vaccino? Le due questioni devono essere risolte diversamente.

Riguardo la prima ipotesi, si è detto che, soprattutto negli Stati Uniti, è diffuso il modello dell'obbligo vaccinale con possibilità di sollevare obiezione di coscienza; modello che, tuttavia, è stato spesso accantonato a seguito delle recrudescenze del 2019 a favore dell'obbligo, seppur non coercitivo. Anche l'OMS non esclude radicalmente la possibilità di riconoscere legislativamente l'obiezione di coscienza, seppur specificando che «dovrebbero tuttavia esserci dei limiti strettamente scientifici e prudenti alle istanze di esonero o di obiezione di coscienza, specialmente quando le stesse possono essere utilizzate dai singoli per 'abusare' l'immunità di gregge raggiunta o se minacciano il diritto alla salute pubblica o il diritto altrui di non essere infettati con una malattia contagiosa e virulenta».

Tutti questi dati sembrano condurre verso una soluzione obbligata, ossia che, sebbene in linea di massima l'obiezione non debba necessariamente scongiurarsi, non è certamente possibile né opportuno prevederla nel caso dell'obbligo vaccinale contro il covid-19⁵⁷. Infatti, per la natura altamente contagiosa della malattia, dato un vaccino sicuro ed efficace è fondamentale che tutte le persone soggette all'obbligo vaccinale vi adempiano, salvo si rilevino controindicazioni sanitarie.

A parere di chi scrive, l'obiezione di coscienza non può essere prevista nel caso dell'obbligo vaccinale contro il covid-19, e ciò a prescindere dalla forza e serietà delle convinzioni interne. Il punto cruciale risiede, infatti, nella circostanza che, nel bilanciamento tra la tutela della salute collettiva contro una malattia estremamente contagiosa, che sta causando enormi danni a livello socioeconomico, e la libertà di coscienza, la cui tutela porterebbe con sé il rischio di non raggiungere l'immunità di gregge, prevale la prima.

⁵⁷ La soluzione contraria alla previsione dell'obiezione di coscienza all'obbligo vaccinale è condivisa da M. L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, cit., p. 65; M. L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, cit., p. 272 ss.; Comitato Nazionale per la Bioetica, *Le vaccinazioni*, cit., p. 34 e, infine, dalla stessa CEDU nella sentenza già citata. Sul tema si veda anche B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, in *diritticomparati.it*, 15 aprile 2021

Non si deve però cadere in errore, pensando che un siffatto bilanciamento non sarebbe ragionevole, in quanto finirebbe per pregiudicare totalmente finanche il nucleo essenziale della libertà di coscienza. Infatti, non trattandosi di un obbligo coercitivo, chi è fermamente contrario al vaccino non sarà costretto a farlo; tuttavia, dovrà subirne le sanzioni. Quest'ultima circostanza, lungi dall'essere una punizione per l'obiettore, rappresenta, invece, un sacrificio che lo stesso dovrebbe essere disposto a compiere in nome delle proprie idee, nonché un efficace meccanismo a tutela della società, quale mezzo per scongiurare le obiezioni di comodo, in particolare considerata l'assenza di un obbligo sostitutivo.

Riguardo, invece, al secondo interrogativo, a parere di chi scrive è opportuno conferire al singolo la possibilità di scelta del vaccino, a parità di indicazioni sanitarie, consentendo di optare per un vaccino eticamente più compatibile rispetto alle ideologie personali⁵⁸.

In conclusione, la disciplina del d.l. 44/2021 merita un giudizio generalmente positivo. La normativa mostra di aver recepito le indicazioni della giurisprudenza costituzionale e di merito. Sussistono certamente i presupposti per la decretazione d'urgenza, nonché appare adeguata la scelta dell'obbligo piuttosto che della raccomandazione, essendo questa rimessa alla discrezionalità del legislatore, seppur vincolata all'evoluzione della ricerca e alle condizioni epidemiologiche attuali⁵⁹.

Il discorso cambia, invece, laddove non sia disponibile un vaccino sicuro ed efficace. Non a caso le maggiori problematiche sono sorte per il vaccino Astrazeneca, che, prima di essere vietato in Italia agli *under* sessanta, è stato gradualmente vietato in vari Paesi. Un vaccino che sia addirittura mortale per un soggetto sano, seppur in pochi casi, all'evidenza non può essere oggetto di un obbligo vaccinale, in quanto, come si è visto, la Corte costituzionale mette al primo posto il rispetto della persona umana ed esclude

⁵⁸ Si ricordi che attualmente non è possibile scegliere il proprio vaccino, poiché ogni vaccino ha delle indicazioni per fasce d'età e caratteristiche sanitarie differenti, nonché diverse sono le scorte. Pertanto, è obbligatorio seguire il piano vaccinale, onde evitare che un vaccino venga scelto da chi potrebbe utilizzarne anche un altro e si esauriscano le scorte del primo, a danno di coloro che potevano utilizzare solo quel vaccino.

⁵⁹ Principi tutti contenuti in C. cost., 18 gennaio 2018, n. 5, in *Foro It.*, 2018, 3, 1, p. 711 ss.. Per approfondire si veda V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. N. 5 del 2018*, in *Giur. costituzionale*, 1/2018, p. 451 ss.

che si possa chiedere al singolo un sacrificio abnorme della propria salute, anche se a beneficio della salute collettiva.

Si può allora affermare che, nei mesi in cui Astrazeneca era annoverato tra i vaccini somministrabili agli *under* sessanta, se a un operatore sanitario non sia stato offerto un altro vaccino la sanzione potrebbe essere impugnata. A che titolo?

Il caso di Astrazeneca è invero di difficile soluzione. Il lavoratore *under* sessanta che, nonostante per mesi si fosse ampiamente evidenziato il rischio di trombosi correlato a quel vaccino, non riuscisse a ottenere la vaccinazione con vaccino a mRNA, si troverebbe incolpevolmente nella situazione di inadempienza dell'obbligo vaccinale. Ma come impugnare la sospensione?

Le ipotesi principali sembrano due. Innanzitutto, quella dell'incostituzionalità dell'obbligo vaccinale, nei limiti in cui non esclude un vaccino che, come scientificamente appurato, possa portare alla morte di un individuo sano. In secondo luogo, si potrebbe invocare l'*exceptio doli*, ossia l'inadempimento dell'obbligo per la mancata offerta di un vaccino sicuro. Si tratta certamente di questioni spinose, in quanto, sebbene fossero molti i Paesi ad aver vietato Astrazeneca agli *under* sessanta, fino ai mesi scorsi non vi erano indicazioni univoche da parte della comunità scientifica⁶⁰.

Viceversa, i vaccini a mRNA si stanno dimostrando sicuri ed efficaci, tanto da far pensare a un'estensione dell'obbligo vaccinale ad altre categorie o addirittura generalizzato. A una soluzione di questo tipo sembra preludere l'introduzione dell'obbligatorietà della certificazione verde per l'accesso ai luoghi e alle attività specificate nel d.l. 105/2021⁶¹. Non si può ancora parlare di un obbligo vaccinale perché detta certificazione, regolata dall'art. 9 della legge 87/2021, può essere rilasciata anche

⁶⁰ Seppur, a parere di chi scrive, il principio di precauzione dovrebbe far concludere che sia già sufficiente a escludere l'obbligo vaccinale la circostanza del rischio che il vaccino possa portare alla morte per trombosi di un individuo sano. In tal caso non avrebbe senso neppure il meccanismo dell'indennizzo.

⁶¹ Il recentissimo decreto-legge 105 del 23 luglio 2021 dispone, all'art. 3, che l'accesso a determinati servizi ed attività è consentito solamente ai soggetti muniti della certificazione verde. Detta previsione, che entrerà in vigore dal 6 agosto, dovrà essere integrata da un DPR che disciplini le modalità di verifica delle certificazioni verdi. Riguardo la certificazione rilasciata a seguito del vaccino risulta particolarmente problematico stabilirne la durata, in quanto è ancora scientificamente incerto il tempo di copertura del vaccino, come risulta dal Rapporto ISS COVID-19 n. 4/2021 del 13 marzo 2021.

in caso di guarigione da covid-19 o effettuazione del tampone antigenico rapido o molecolare. Tuttavia, tenuto conto dei costi del tampone, le previsioni di cui al decreto-legge sembrano collidere con le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, che auspicano la non obbligatorietà del vaccino e l'assenza di discriminazioni per i non vaccinati, utilizzando i certificati di vaccinazione solo a scopo di monitoraggio⁶².

L'obbligo di certificazione verde non riguarda l'accesso alle scuole e ai servizi educativi per l'infanzia. Infatti, sulla vaccinazione dei minori, che sembrano beneficiare della massima copertura a seguito del vaccino, non vi sono ancora dati sufficienti e la sperimentazione è ancora in corso⁶³.

⁶² Risoluzione n. 2361 del 2021 dell'Assemblea del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 2021. La risoluzione auspica a una politica vaccinale fondata sulla libera adesione e sull'informazione, pur sottolineando l'importanza di vaccinare gli operatori sanitari e i lavoratori impiegati nei servizi pubblici «in particolare nei servizi sociali, nei trasporti pubblici, nelle forze dell'ordine e nelle scuole, nonché coloro che lavorano nel settore del commercio al dettaglio».

⁶³ Negli adolescenti tra i 12 e 15 anni l'efficacia del vaccino Pfizer risulta pari al 100%, contro il 94,6% degli adulti. Si veda la sezione *Vaccino Comirnaty di Pfizer/BioNTech* del sito *salute.gov.it*. Relativamente all'introduzione di un obbligo vaccinale esteso a tutta la popolazione, lo stesso OMS (*Covid-19 and mandatory vaccination: ethical considerations and caveats*, cit.) sembra non porre ostacoli radicali, ma piuttosto esprimere perplessità soprattutto sull'adeguatezza dell'approvvigionamenti.