

STUDIO LEGALE
Avv. EMANUELA MAZZOLA
MAGISTRATURE SUPERIORI

Commento alla sentenza n. 25/2023 della Corte costituzionale e sorte dell'obbligo vaccinale

Con sentenza n. 25 del 20 febbraio 2023, all'esito della camera di consiglio del 11.01.2023, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 bis, comma 1, del D. Lgs. n. 66 del 15 marzo 2010 (Codice dell'ordinamento militare) - introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. a) del D. Lgs. 91/2016 - nella parte in cui autorizza la sanità militare a imporre al personale militare la somministrazione di specifiche profilassi vaccinali, senza che esse siano previamente individuate in via legislativa.

In particolare, per chiarezza, l'art. 206 bis in esame stabiliva testualmente che “1. *La Sanità militare può dichiarare indispensabile la somministrazione, secondo appositi protocolli, di specifiche profilassi vaccinali al personale militare per poterlo impiegare in particolari e individuate condizioni operative o di servizio, al fine di garantire la salute dei singoli e della collettività.* 2. *Con decreto del Ministro della difesa adottato di concerto con il Ministro della salute sono approvati i protocolli sanitari di cui al comma 1 che recano altresì l'indicazione analitica degli adempimenti riferiti alle modalità di somministrazione dei vaccini, quali quelli di comporre il quadro anamnestico del paziente prima di iniziare le profilassi vaccinali e di registrare su apposita documentazione, anche elettronica, riferita a ciascun militare tutte le profilassi vaccinali adottate nei suoi confronti.* 3. *Se il militare da sottoporre a profilassi vaccinale rappresenta documentati motivi sanitari per non sottoporsi alla profilassi stessa, la valutazione di merito è rimessa alla commissione medica ospedaliera competente per territorio.”.*

La questione di costituzionalità è stata sollevata con ordinanza del 3 febbraio 2022 dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale militare di Napoli il quale, chiamato a pronunciarsi circa il rinvio a giudizio di un tenente colonnello dell'Aeronautica militare, imputato, ai sensi degli artt. 81, primo comma, del codice penale, 47, numero 2), e 173 del codice penale militare di pace, del reato di disobbedienza continuata aggravata per essersi ripetutamente sottratto all'ordine, emesso dal superiore in grado, di presentarsi per il completamento della profilassi vaccinale, essendo stato individuato per una operazione fuori dai confini nazionali.

La condotta del militare ed il rifiuto della vaccinazione imposta, non solo lo avevano reso "*non impiegabile*" per la menzionata operazione, ma ne comportavano il deferimento all'autorità giudiziaria ordinaria penale.

La Corte Costituzionale, dopo la premessa di rito in ordine all'ordinanza di rimessione, come pure circa la non manifesta infondatezza e rilevanza della questione di costituzionalità ai fini del decidere la questione di merito (quella relativa al rinvio a giudizio del militare imputato in quel diverso processo penale), respinte le contestazioni della difesa erariale in ordine alla inammissibilità della questione, concordando con il giudice a quo che aveva ritenuto non passibile l'art. 206, I comma, di una interpretazione costituzionalmente orientata in grado di salvarlo dall'incostituzionalità, l'ha ritenuto fondata la questione ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 206 bis D. Lgs. 66/2010.

Per quanto qui d'interesse, si indicano i punti salienti della decisione.

1. La Corte, innanzi tutto, ha ritenuto che l'art. 206 bis, I comma, ponesse a carico del militare un vero e proprio obbligo di sottoporsi a vaccinazione, nonostante la norma non prevedesse testualmente un "*obbligo*" di profilassi vaccinale gravante sul personale militare da inviare in missione o destinare a specifiche attività, come pure non indicasse le sanzioni derivanti dalla violazione di tale obbligo. Ed infatti, seppure il comma 1 della disposizione censurata si limitava a prevedere che la sanità militare potesse dichiarare "*indispensabile*" la somministrazione di talune profilassi vaccinali, per potere impiegare il militare in particolari e individuate condizioni operative o di servizio, il comma 3 del medesimo art. 206-bis regolando, con espressa previsione, "*la sola fattispecie relativa al militare che "non può" vaccinarsi*", se da un lato prescriveva che il militare a ciò impossibilitato non poteva subire conseguenze negative, dall'altro consentiva "*...di ritenere che a differente trattamento sia destinato il militare che "non vuole" vaccinarsi.*" La Corte, inoltre, ha confermato che la disposizione ha introdotto un preciso obbligo vaccinale, anche a fronte di una puntuale esegesi dei lavori preparatori della disposizione in commento. Di tal che, al militare non era consentito sottrarsi alla vaccinazione indispensabile per l'impiego in missione, se non per "*documentati motivi sanitari*"; diversamente, il militare avrebbe disatteso un ordine andando incontro a conseguenze di natura penale e disciplinare.
2. Fatta la premessa che precede, la Corte ha rammentato innanzi tutto che "*laddove intenda introdurre un trattamento sanitario obbligatorio, il legislatore deve ispirarsi a chiarezza prescrittiva, con riferimento sia all'esistenza stessa dell'obbligo, sia alle conseguenze che si intendano far derivare dalla sua violazione, poiché anche queste ultime, in quanto previste, "concorrono in maniera sostanziale a conformare l'obbligo stesso e a calibrare il bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti"* (sentenza n. 5 del 2018).
3. La Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione in commento per violazione dell'art. 32 Cost. In particolare "*Secondo la costante giurisprudenza*

costituzionale, la legge impositiva di un trattamento sanitario risulta compatibile con l'art. 32 Cost. solo se, in primo luogo, tale trattamento sia "diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri"; in secondo luogo, se vi sia "la previsione che esso non incida negativamente sul suo stato di salute", "salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili"; infine, se in caso di "danno ulteriore", nell'ipotesi di "malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica", sia garantita un'"equa indennità" in favore del danneggiato" (sentenza n. 258 del 1994; requisiti da ultimo ribaditi nelle sentenze n. 15 e n. 14 del 2023).

4. L'art. 32 della Costituzione, norma ritenuta violata dalla Corte, stabilisce che *"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"*. A mente del precetto costituzionale, l'obbligo di profilassi vaccinale deve essere stabilito dalla legge. Ora, nel caso nostro, l'obbligo vaccinale di cui all'art. 206 bis effettivamente era stabilito dalla legge, considerata l'equiparazione ed il pari valore, rispetto alla legge ordinaria, del Decreto legislativo, e qui merita di essere ricordato come la disposizione sia stata introdotta nel D. Lgs. 66/2010, da altro Decreto Legislativo, il n. 91/2016. Tuttavia, il problema che ha portato alla declaratoria di incostituzionalità è dato dal fatto che l'art. 32 Cost. attribuisce alla legge la previsione di un *"determinato"* trattamento sanitario, mentre l'art. 206 bis si atteggiava a norma affetta da assoluta genericità, una sorta di norma *"in bianco... senza che risultino definiti contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini (sentenza n. 5 del 2021, che richiama la sentenza n. 115 del 2011)"*. Va da sé che *"la "determinazione" del trattamento non è scelta delegabile a fonti sub-legislative, trattandosi della individuazione stessa della misura sanitaria che si intende imporre, e dunque di un contenuto normativo essenziale della disciplina"*.
5. L'obbligo di determinatezza è assolto attraverso l'indicazione, da parte del legislatore, dello specifico vaccino, perché solo al legislatore, stante la riserva di legge, compete il bilanciamento tra gli interessi coinvolti e rammentati nella disposizione costituzionale di cui all'art. 32, secondo comma, Cost., tra libera determinazione individuale e tutela della salute collettiva. In altre parole, la riserva di legge contenuta nell'art. 32 Cost. significa che solo al legislatore compete decidere da quale specifica patologia si intenda difendere la collettività ricorrendo al trattamento vaccinale obbligatorio, di cui il legislatore stesso si assume la responsabilità, al contempo garantendo la necessaria conoscibilità del trattamento imposto.
6. La norma di legge, per essere legittima costituzionalmente, deve predeterminare i vaccini che possono essere imposti al militare, come pure le patologie che si intende contrastare. L'art. 206 – bis è illegittimo costituzionalmente ai sensi dell'art. 32 Cost. non adempiendo all'obbligo di determinatezza. *"L'esigenza costituzionale di "determinazione" del trattamento deve essere soddisfatta dalla fonte primaria, quanto meno nella forma dell'elenco dei vaccini cui il militare può essere obbligatoriamente sottoposto, ai fini sopra indicati."*

7. La Corte, inoltre, nella consapevolezza delle peculiarità dei casi concreti (diverse sedi delle missioni, diversa loro durata, diverse esigenze di tutela), ribadito che solo una legge possa stabilire l'obbligo vaccinale, individuando i vaccini somministrabili e le patologie che rappresentano il presupposto stesso dell'obbligo vaccinale, rimanda ad atti normativi subordinati, dunque regolamenti, l'onere di specificare - entro la cornice dell'elenco fissato dalla legge ed in base a criteri a loro volta legislativamente previsti anche per la formulazione dei detti regolamenti – *“i parametri da osservarsi per selezionare i vaccini a seconda delle diverse condizioni di impiego”*. Come pure riconosce la Corte come sia data la possibilità all'Amministrazione – nel rispetto del quadro legislativo e regolamentare – di stabilire concretamente, di volta in volta, quale profilassi imporre al militare, rimanendo in capo al legislatore il concomitante obbligo *“... di aggiornare, quando necessario, il catalogo dei vaccini potenzialmente obbligatori”*.

Esaurita, se pure sinteticamente, la questione della incostituzionalità dell'art. 206 bis D. Lgs. 66/2010, due sono i temi che si ritiene di dovere affrontare, in quanto ad essa collegati.

Il primo, attiene alla vaccinazione contro la SARS-CoV-2 e l'altro alla possibilità che l'Amministrazione, nelle more dell'intervento legislativo, chieda ai militari da inviare in missione di sottoporsi a profilassi vaccinale.

Con riferimento alla prima questione, come si ricorderà, l'art. 2 del D.L. 172/2021 aveva esteso l'obbligo vaccinale anche al personale del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, introducendo l'art. 4 ter nel D.L. 44/2021.

La disposizione è stata abrogata.

In particolare, l'obbligo era previsto dall'Art. 4-ter – rubricato *“Obbligo vaccinale per il personale delle strutture di cui all'articolo 8-ter del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502”* - comma 1, lett. b.

La detta lett. b è stata abrogata dall'art. 8, comma 3, lett. a), n. 2 del D.L. 24/2022, convertito, con modificazioni, dalla L. 19 maggio 2022, n. 52, di tal che non sussiste più alcun obbligo per il personale militare di sottoporsi a tale vaccinazione.

Peraltro, questo specifico obbligo di vaccinazione, pare opportuno ricordarlo, era generalizzato per tutti i dipendenti appartenenti alla categoria, non comportava – per il caso di sua violazione – conseguenze disastrose in termini penali e disciplinari, seppure pregiudizievoli per la privazione dell'emolumento retributivo.

Alla luce del quadro che precede, allo stato attuale, espunto l'art. 206 bis dall'ordinamento giuridico, non sussiste alcun obbligo vaccinale, neanche contro il SARS -CoV-2, sino a quando il legislatore non provvederà a adottare una nuova

disposizione in conformità dei requisiti e caratteri come sopra precisati e ben indicati dalla Corte costituzionale.

Con riferimento all'altra tematica, e cioè alla possibilità per l'Amministrazione di individuare una profilassi vaccinale per il militare di inviare in missione, nelle more dell'adozione di specifica e determinata normativa da parte del legislatore, valga quanto di seguito.

In primo luogo, si ribadisce che il militare non è, allo stato, soggetto ad alcun obbligo vaccinale.

Rimangono aperti, tuttavia, due quesiti:

può l'Amministrazione, nelle more dell'intervento normativo, continuare a prescrivere, pur senza obbligare il militare individuato per l'invio in missione, che si sottoponga preliminarmente ad una determinata profilassi vaccinale? Ed in tal caso, quali potranno essere le conseguenze per il caso di rifiuto del militare?

A sommo avviso di chi scrive, l'Amministrazione può chiedere al militare di sottoporsi alla profilassi vaccinale, ma non lo può obbligare. Pertanto, per il caso di rifiuto del militare, non solo questi non potrà e non dovrà incorrere in conseguenza alcuna - né disciplinare, né penale né di altro genere - ma ben potrà essere sostituito da militare che accetti volontariamente la profilassi suggerita dall'Amministrazione, previa prestazione di consenso informato che rechi con precisione anche la consapevolezza del militare circa l'insussistenza di alcun obbligo vaccinale.

A tale conclusione si ritiene di dovere pervenire in collegamento con il più generale obbligo dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 2087 c.c., a mente del quale *“L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”*.

La disposizione, seppure contenuta nel Codice civile e facente espresso riferimento all'imprenditore, è ritenuta applicabile anche quando il datore di lavoro sia una pubblica Amministrazione, ove pure militare, esprimendo un principio di ordine generale.

In aggiunta, si rammentano anche le disposizioni di cui al D. Lgs. 81/2008.

In particolare, l'art. 15 individua *“Le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro”* e tra queste: la valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza;

Segue

la programmazione della prevenzione; l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo; la priorità delle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale; il controllo sanitario dei lavoratori; la programmazione delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi.

Rileva pure l'art. 20, comma 2, lett. b della stessa fonte, laddove stabilisce che il lavoratore deve osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale.

Conclusivamente, a fronte della abrogazione della disposizione di cui all'art. 206 bis D. Lgs. 66/2010, nelle more dell'intervento del legislatore, sul militare prescelto per la missione non incombe alcun obbligo vaccinale.

A fronte della richiesta dell'Amministrazione, si seguire una determinata profilassi vaccinale, il militare potrà rifiutarsi, senza alcuna conseguenza, se non quella dell'essere escluso dalla partecipazione alla missione.

In ogni caso, il militare dovrà essere preventivamente informato dell'assenza di alcun obbligo di vaccinazione, dell'assenza di alcuna conseguenza pregiudizievole per il caso di mancata sottoposizione alla profilassi, se non l'esclusione dalla missione, oltre che delle conseguenze possibili per il caso di adesione alla profilassi medesima, prestando alla stessa il consueto consenso informato.

Roma, 5 marzo 2023

Avv. Emanuela Mazzola