

“COSÌ È (SE VI PARE)”:
L’OBBLIGO VACCINALE ANTICOID TRA CONSENSO VIZIATO,
RISCHI DI INUTILITÀ E DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ

Elio Lo Monte*

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- Gli aspetti problematici del trattamento sanitario obbligatorio: i soggetti destinatari; 2.1.- La locuzione «accertato pericolo per la salute»; 3.- Le ricadute del ‘nuovo’ requisito della vaccinazione sulle professioni protette: artt. 2229 c.c. e 348 c.p.; 4.- I profili controversi della vaccinazione obbligatoria: consenso viziato, ineffettività e dubbi di costituzionalità.

1.- Premessa

‘Tanto tuonò che piovve’.

Il Governo con il d.l. n. 44 del 1° aprile 2021, entrato in vigore lo stesso giorno, ha scadenziato tempi e modi della vaccinazione obbligatoria (art. 4 co. 3, 4 e 5) per alcune categorie professionali (in particolare mediche) riottose a sottoporsi al trattamento anti-covid.

Una questione, tutto sommato di secondaria importanza, che ha assunto una certa rilevanza in seguito ai toni enfaticanti profusi a piene mani dai numerosi *talk show* televisivi.

Il provvedimento normativo, emanato attraverso il classico strumento della decretazione d’urgenza, impone l’obbligo di vaccinazione per «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). Il decreto prevede, altresì, nei casi di rifiuto o di omessa giustificazione (co. 2), la ‘misura’ dell’interruzione temporanea dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali (co. 6), con conseguente differimento della retribuzione, di altro compenso o emolumento, comunque denominato, fino alla data del 31 dicembre 2021 (co. 8) o fino a quando perdura lo stato di emergenza da coronavirus.

La platea dei soggetti interessati dall’obbligo di vaccinazione – come si avrà modo di evidenziare – è alquanto ampia e coinvolge settori avulsi dallo specifico comparto medico.

La *ratio* della ‘linea dura’ governativa si rinviene nella necessità di «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza» (art. 4 co. 1).

La vaccinazione, aggiunge ancora il d.l. n. 44/2021, «costituisce requisito essenziale per l’esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati» (art. 4 co. 1); si tratta di un nuovo presupposto che va a sommarsi a quelli normativamente richiesti per l’esercizio della professione medica e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative di alcune categorie.

Le disposizioni in tema di vaccinazione obbligatoria sollevano non pochi problemi in ordine: a) all’individuazione dei soggetti destinatari dell’obbligo; b) all’imposizione del nuovo requisito per lo svolgimento della professione e delle prestazioni lavorative; c) al trattamento sanitario imposto rispetto alla libertà del consenso informato.

* Professore ordinario di Diritto penale - Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) - Università degli Studi di Salerno.

L'art. 4 del d.l. n. 44/201 disciplina, infine, in modo dettagliato il meccanismo del trattamento sanitario obbligatorio che, nel coinvolgere vari organismi – gli Ordini professionali, i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario, le regioni, le province autonome, l'azienda sanitaria locale di residenza del professionista o del lavoratore –, si conclude con il provvedimento di sospensione. Quest'ultimo viene irrogato dal datore di lavoro e consiste nello sbarramento a svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2 (co. 6). La sospensione, come si anticipava, mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale (co. 9) e, qualora questo non sia adempiuto, fino a quando perdura lo stato di emergenza e comunque non oltre il corrente anno (co. 1). L'interruzione del servizio viene applicata solo quando il lavoratore non può essere adibito a mansioni diverse – anche inferiori – con trattamento economico rapportato alle funzioni effettivamente svolte.

2.- Gli aspetti problematici del trattamento sanitario obbligatorio: i soggetti destinatari.

La prima questione che solleva il d.l. n. 44/2021 è rappresentata dall'individuazione dei soggetti destinatari dell'obbligo di vaccinazione. Il legislatore utilizza la locuzione: «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» senza alcuna specificazione.

Appare chiara la volontà del legislatore di evitare qualunque rischio di diffusione del *virus* ed a tal fine ha esteso l'obbligo di vaccinazione a tutte le categorie che, in qualunque modo, possano avere contatti interpersonali per il particolare ruolo che ricoprono. Le espressioni utilizzate, infatti, non lasciano dubbi sul coinvolgimento di varie professionalità anche se in tal modo l'obbligo si estende ad un'ampia platea – non sufficientemente specificata – di soggetti.

L'identificazione dei destinatari dell'obbligo di vaccinazione non è operazione tra le più semplici e meritava, pertanto, qualche maggiore accortezza nel redigere la disposizione che la fretta, presumibilmente, non ha concesso.

La vaccinazione forzata riguarda, espressamente: a) gli «esercenti le professioni sanitarie»; b) 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».

L'inciso adoperato dal legislatore «esercenti le professioni sanitarie» non specifica i soggetti né, tanto meno, le categorie che compongono l'ampio *genus* delle «professioni sanitarie».

Nell'alveo della locuzione rientrano, dopo le modifiche apportate dalla l. n. 3/2018, trenta professioni sanitarie per l'esercizio delle quali è obbligatoria l'iscrizione ai rispettivi ordini professionali, con circa unmilione duecentomila professionisti che operano in strutture pubbliche e private. Per individuare i soggetti da sottoporre a trattamento sanitario obbligatorio, in assenza di indicazioni rinvenibili nel d.l. n.44/2021, occorre rifarsi all'elenco delle «professioni sanitarie» riconosciute dal Ministero della salute¹, ove compaiono:

a) le «professioni sanitarie» che a loro volta comprendono le figure professionali del farmacista (d. lgs. n. 258/1991), del medico chirurgo (d. lgs. n. 368/1999), dell'odontoiatra (l. n. 409/1985), del veterinario (l. n. 750/1984), del biologo (l. n. 396/1967, art. 9 l. n. 3/2018, decreto 23/03/2018), del fisico (art. 8 l.n. 3/2018, decreto 23/03/2018), del chimico r.d. n. 842/1928, art. 8 l. n. 3/2018, decreto 23/03/2018) e dello psicologo (l. n. 56/1989, art. 9 l.n. 3/2018, decreto 23/03/2018);

b) le «professioni sanitarie infermieristiche» che includono l'infermiere (d.m. n. 739/1994, l. n. 905/1980) e l'infermiere pediatrico (d.m. n. 70/1997);

¹ I dati si riferiscono all'ultimo aggiornamento del 7 marzo 2019 e sono consultabili sul sito <http://www.salute.gov.it>.

c) la «professione sanitaria ostetrica», che involge ostetrica/o (d.m. n. 740/1994, n. 740, l. n. 296/1985, n. 296);

d) le «professioni tecnico sanitarie» comprensive dell'area tecnico-diagnostica e dell'area tecnico-assistenziale. Nella prima rientrano le figure del tecnico sanitario di radiologia medica (d.m. n. 746/1994), del tecnico audiometrista (d.m. n. 667/1994), del tecnico sanitario di laboratorio biomedico (d.m. n. 745/1994), del tecnico di neurofisiopatologia (d.m. n. 183/1995); alla seconda appartengono il tecnico ortopedico (d.m. n. 665/1994), il tecnico audioprotesista (d.m. n. 668/1994), il tecnico della fisiopatologia cardiocircolatoria e perfusione cardiovascolare (d.m. n. 316/998), l'igienista dentale (d.m. n. 137/1999), il dietista (d.m. n. 744/1994);

e) le «professioni sanitarie della riabilitazione» che includono podologo (d.m. n. 666/1994), fisioterapista (d.m. n. 741/1994), logopedista (d.m. n. 742/1994), ortottista-assistente di oftalmologia (d.m. n. 743/1994), terapista della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva (d.m. n. 56/1997), tecnico riabilitazione psichiatrica (d.m. n. 182/2001), terapista occupazionale (d.m. n. 136/1997), educatore professionale (d.m. n. 520/1998);

f) le «professioni sanitarie della prevenzione», che coinvolgono il tecnico della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro (d.m. n. 58/1997 e l'assistente sanitario (d.m. n. 69/1997).

Gli 'operatori di interesse sanitario', richiamati nell'art. 4 del d.l. n. 44/2021, rientrano nella categoria, riconosciuta dal Ministero della sanità, delle «Arti ausiliarie e operatori di interesse sanitario; vi fanno parte le figure di massofisioterapista (l. n. 43/2006 n. 43), operatore socio-sanitario (Acc. Stato - Regioni 22.02.2001), c) assistente di studio odontoiatrico (Acc. Stato - Regioni 23.11. 2017).

Due le considerazioni da svolgere per quanto concerne gli 'operatori di interesse sanitario'.

La prima è che l'utilizzo di tale locuzione esclude dalla vaccinazione obbligatoria tutti coloro che appartengono alle 'arti ausiliarie' delle professioni sanitarie e, quindi, gli ottici, gli odontotecnici e le puericultrici. Secondo una risalente impostazione nella categoria delle 'professioni' non rientrano «le arti, le industrie, i commerci e i mestieri», anche laddove per essi sia richiesto uno speciale permesso dell'Autorità, e ancorché tali arti costituiscano servizi di pubblica necessità, a norma dell'art. 359, n. 2, c.p., ovvero siano arti ausiliarie di professioni disciplinate dallo Stato². In caso di esercizio abusivo, dunque, non troverà applicazione l'art. 348 c.p. poiché la norma codicistica si indirizza «esclusivamente» alle 'professioni'.

La seconda riflessione attiene al fatto che la categoria delle 'arti', non rientrando tra le professioni protette, non sarà destinataria del 'nuovo' requisito della vaccinazione obbligatoria³.

Da altro punto di vista, va rimarcato come appare poco probabile, per le funzioni svolte, l'impiego di alcuni soggetti richiamati nell'art. 4 d.l. n. 44/201 (si pensi ai massofisioterapisti, agli operatori socio-sanitario, agli assistenti di studio odontoiatrico) nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali. Lo stesso discorso vale per coloro che appartengono alle professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione che, in forza di un titolo abilitante rilasciato dallo Stato, svolgono attività di prevenzione, assistenza, cura o riabilitazione (art. 1 l. n. 43/2006).

All'opposto, la disposizione – nei termini formulata – lascia, inspiegabilmente, fuori dall'obbligo di vaccinazione alcune categorie (i lavoratori che eseguono compiti operativi anche di vendita e relative operazioni complementari, tra cui gli addetti di laboratorio; i cassieri con mansioni d'ordine; i commessi d'ordine anche con funzioni di vendita) che operano all'interno delle farmacie o parafarmacie. Allo stesso modo restano fuori dalla portata del provvedimento di legge altre figure di 'professionisti sanitari'; valga l'esempio del chiropratico la cui professione ruota intorno alla manipolazione manuale della colonna vertebrale delle

² Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*⁵, Torino, 1981, V, p. 613.

³ Su cui v. *infra* §

persone⁴. Questi soggetti, che pure hanno contatti interpersonali sul luogo di lavoro, non sono tenuti a vaccinarsi e ciò stride non poco con le finalità dell'obbligo di immunizzazione funzionale a preservare le «condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza» (art. 4 co. 1).

2.1.- La locuzione «accertato pericolo per la salute».

La vaccinazione non è obbligatoria e può essere omessa o differita (co. 2) in caso di «accertato pericolo» per la salute del lavoratore, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, «attestate dal medico di medicina generale». In queste ipotesi, il datore di lavoro – al fine di evitare il rischio di diffusione del contagio da coronavirus (co. 10) – adibisce i soggetti portatori di determinate patologie, che non consentono la vaccinazione, a mansioni anche diverse senza decurtazione della retribuzione.

La disposizione di cui all'art. 4 co. 2, pertanto, concede al personale sanitario di non sottoporsi a vaccinazione – o di differire la stessa – solo in caso di «accertato pericolo per la salute in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale».

La norma presenta aspetti paradossali: innanzitutto, appare di difficile dimostrazione che la somministrazione del vaccino cagioni un *accertato* (vale a dire provato, dimostrato, documentato) pericolo per la salute. Il semplice fatto che le varie note informative delle aziende biofarmaceutiche, utilizzate ai fini del consenso, richiamino possibili effetti attualmente non conosciuti è indicativo di quanto sia problematico – se non addirittura impossibile – l'accertamento del pericolo per la salute⁵. Sono note le difficoltà dell'accertamento del pericolo e del conseguente nesso eziologico anche nel caso in cui si prendano in considerazione i concetti di 'pericolo' e 'causa' di tipo medico, che presentano una duttilità non consentita in ambito penalistico. La medicina e, più in generale, le scienze mediche non incontrano eccessivi ostacoli nell'utilizzo delle indagini epidemiologiche per stabilire, in termini percentuali, l'incidenza di un determinato fenomeno. Le stesse, però, hanno applicazione limitata poiché non permettono di attribuire a singoli comportamenti singoli eventi lesivi⁶ o pericolosi. La medicina può utilizzare un concetto di causalità generale, intesa come 'idoneità' di una sostanza chimica a provocare 'in generale' una tipologia di danni, proprio questa sua capacità nel momento in cui si fonda su dati statistici o su prognosi e non su leggi causali, denota la sua insufficienza come criterio di attribuzione di singoli eventi lesivi⁷.

Per comprendere il livello di difficoltà dell'accertamento del pericolo, nell'ambito della vaccinazione obbligatoria, possiamo richiamare, inoltre, la verifica del danno. Nella prova del

⁴ L'art.2 co. 355 l. n. 244/2007 (c. d. legge finanziaria 2008) stabilisce che: «È istituito presso il Ministero della salute, senza oneri per la finanza pubblica, un registro dei dottori in chiropratica. L'iscrizione al suddetto registro è consentita a coloro che sono in possesso di diploma di laurea magistrale in chiropratica o titolo equivalente. Il laureato in chiropratica ha il titolo di dottore in chiropratica ed esercita le sue mansioni liberamente come professionista sanitario di grado primario nel campo del diritto alla salute, ai sensi della normativa vigente. Il chiropratico può essere inserito o convenzionato nelle o con le strutture del Servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme previsti dall'ordinamento».

⁵ I benefici di *Vaxzevria* (precedentemente denominato COVID-19 Vaccine AstraZeneca) «superano i rischi negli adulti di tutte le fasce di età; tuttavia, dopo la vaccinazione si sono verificati casi molto rari di coaguli di sangue associati a bassi livelli di piastrine. L'analisi può subire modifiche in base ai nuovi dati che diventeranno disponibili», così l'A.I.F.A. - Agenzia Italiana del Farmaco, 23 aprile 2021, in <https://www.aifa.gov.it>.

⁶ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, p. 190.

⁷ In proposito si veda Arm. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert: gesammelte Aufsätze und Vorträge*, München, 1982, p. 189 ss. Sull'autonomia del concetto di 'causa' utilizzato nella medicina legale nel senso che «causa è ciò che modifica», e tale capacità modificatrice viene intesa «come l'idoneità ad apportare variazioni quantitative e qualitative», si sofferma A. CAZZANIGA, *Sopra i concetti di "causa" "concausa" ed "occasione" in medicina legale*, in *Med. leg.*, 1919, p. 1 ss.

danno l'indagine pur svolgendosi su di un evento naturalistico (lesioni o morte del paziente), in conseguenza dell'assunzione dell'antidoto, denota un percorso difficilissimo poiché occorre dimostrare il nesso causale tra l'insorgenza di una data patologia e la somministrazione del vaccino. Non meno rilevanti sono i problemi che si colgono in ordine all'accertamento del pericolo perché si tratta di ipotizzare eventuali conseguenze partendo da possibili effetti non ancora conosciuti. Invero, attualmente non si ha una precisa cognizione degli effetti collaterali dovuti alla inoculazione del farmaco e, dunque, risulta impossibile *accertare* il pericolo per la salute della persona; in questi casi il pericolo tutt'al più si può ipotizzare o presumere. In un tale contesto il termine 'accertato' è del tutto fuorviante e poteva essere omesso.

Alle stesse conclusioni si perviene anche nel caso in cui la norma si riferisse solo a soggetti già portatori di alcune patologie e, quindi, esposti alla reazione dei principi attivi del farmaco. Se del vaccino non si conoscono tutte le possibili conseguenze è difficile 'accertare' il pericolo anche rispetto alle patologie in essere; la norma vale solo nelle ipotesi in cui il portatore di una malattia correrebbe, per effetto dell'assunzione del vaccino, ulteriori pericoli dovuti alla reazione chimica.

In secondo luogo, il riferimento al medico di medicina generale, che dovrebbe attestare le 'condizioni cliniche documentate', non va esente da obiezioni, in considerazione del fatto che le indagini mediche sono il frutto di analisi strumentali (si pensi alle analisi di laboratorio oppure agli esami diagnostici a mezzo risonanza magnetica o, ancora, ad esami ematochimici). Sarebbe stato più logico il coinvolgimento del medico specialista, che per le particolari conoscenze tecniche è in grado di valutare la veridicità delle analisi svolte, anziché il medico di medicina generale.

3.- Le ricadute del 'nuovo' requisito della vaccinazione sulle professioni protette: artt. 2229 c.c. e 348 c.p.

Un altro profilo che lascia ampie zone di incertezza è la previsione normativa secondo cui: «La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati».

Si tratta di un requisito nuovo di difficile inquadramento soprattutto con riferimento alle cosiddette professioni protette, che pone non poco questioni con le norme di riferimento, in particolare con l'art. 2229 c.c. e con l'art. 348 c.p.

L'art. 2229 c.c. disciplina le professioni protette (tra cui rientra quella medica che riveste particolare rilevanza nell'ambito dell'emergenza coronavirus) e al co. 1 stabilisce: «La legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi». Si ritiene che nella categoria generale delle professioni intellettuali, solo quelle determinate dalla legge (art. 2229, co. 1 c.c.) siano tipizzate ed assoggettate all'abilitazione e all'iscrizione in albi ed elenchi; mentre, all'infuori di queste, vi siano non solo professioni intellettuali caratterizzate per il loro specifico contenuto, ma anche prestazioni di contenuto professionale o intellettuale non specificamente caratterizzate, che ben possono essere oggetto di rapporto di lavoro autonomo⁸. Per esercitare una professione protetta l'art. 2229 c.c. richiede l'iscrizione in appositi albi o elenchi.

L'art. 348 c.p., d'altro canto, sanziona l'esercizio abusivo di una professione che si verifica in assenza di una speciale abilitazione dello Stato. Secondo una comune opinione, si configura il reato di esercizio abusivo della professione non solo per colui che sia sprovvisto dell'abilitazione dello Stato, ma anche per chi, nonostante il conseguimento dell'abilitazione⁹,

⁸ Cfr. Cass. civ. Sez. II, 26-8-1993, n. 9019, Europa Park Hotel c/ Biliotti, in P. DUBOLINO-C. DUBOLINO-F. COSTA, *Codice civile*, Piacenza, 2017, p. 3625.

⁹ Cass. pen. Sez. VI, 5-3-2004, n. 19658, in *C.E.D. rv.* 228430; Cass. pen. Sez. VI, 16-1-1998, in *Riv. pen.* 1998, p. 569.

non sia iscritto nel relativo albo o non abbia adempiuto le formalità prescritte¹⁰ oppure, dopo esservi stato iscritto, sia stato radiato¹¹ o sospeso¹² dallo svolgimento professionale, atteso che l'attualità dell'abilitazione all'esercizio viene ritenuta presupposto dei requisiti di probità e competenza tecnica previsti come necessari dalla legge¹³.

Per esercitare una professione (*ex artt. 2229 c.c. e 348 c.p.*) occorre, dunque, un duplice requisito: la speciale abilitazione e l'iscrizione in un albo o ordine (seppure con le riserve che si possono avanzare con riferimento alla condizione dell'iscrizione)¹⁴.

Si tratta di presupposti che svolgono precisi compiti: la speciale abilitazione ha la funzione di valutare le capacità necessarie per l'espletamento di una data professione e il cui superamento 'abilita' il soggetto all'esercizio. In altri termini, l'abilitazione attiene alla verifica dei requisiti professionali e consiste nel superamento di un vero e proprio esame; si prenda ad esempio l'abilitazione per l'esercizio della professione forense ove il laureato, dopo lo svolgimento di

¹⁰ Cfr. Cass. pen. Sez. VI, 5-3-2004, n. 19658, cit.

¹¹ Cfr. Cass. pen. Sez. VI, 19-2-1969, in *C.E.D. rv.* 11134; Cass. pen. Sez. VI, 17-10-2001, Coppo, in *Cass. pen.* 2002, p. 3448.

¹² Si sostiene in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. 6, 15-2-2007, n. 20439, *C.E.D. rv.* 236419, che il reato previsto dall'art. 348 c.p. è configurabile anche nell'ipotesi in cui l'agente, iscritto nel relativo albo, abbia compiuto attività professionale in costanza di sottoposizione a provvedimento di sospensione adottato dai competenti organi amministrativi (nel caso di specie è stato ritenuto penalmente responsabile di esercizio abusivo della professione un avvocato che sospeso per due mesi dall'esercizio della professione, a titolo di sanzione disciplinare, si era recato più volte, durante il periodo di sospensione presso la Casa circondariale, ove si era incontrato, in forza della sua qualità di difensore, con diverse persone); nello stesso senso nell'ambito di un orientamento costante cfr. Cass. pen., Sez. VI, 6-5-2014, n. 18745, *C.E.D. rv.* 261098; cfr. Cass. pen. Sez. VI, 5-3-2004, cit.; Cass. pen. Sez. VI, 5-3-2001, in *Cass. pen.* 2002, p. 1388; Cass. pen. Sez. VI, 29-9-1986, in *Foro it.* 1987, II, p. 651; Cas. pen. Sez. VI, 15-2-2007, in *C.E.D. rv.* 209314; più recentemente Cass. pen. Sez. VI 29-1-2015, n. 6467, in <http://www.sentenze-cassazione.com>. In dottrina G. AMATO, *il possesso del titolo di abilitazione non esime dalla responsabilità penale*, in *Guida dir.*, 2001, 24, p. 76.

¹³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*², II, Milano, 1972, p. 752; E. CONTIERI, *Esercizio abusivo di professioni arti o mestieri*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 608; M. CATENACCI, *Abusivo esercizio di una professione (art. 348 c.p.)*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura dello stesso Autore, Torino, 2011, p. 252; S. SEMINARA, *sub Art. 348 Cp*, in G. FORTI-S. SEMINARA-G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*⁶, Padova, 2017, p. 1138; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi*, cit., p. 498; sulla temporaneità dell'inabilitazione in ipotesi di applicazione di pena accessoria cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna 2011, p. 309. In giurisprudenza cfr. Cass. pen. Sez. VI, 5-3-2001, Malli, in *Cass. pen.* 2002, p. 1388; Cass. pen. Sez. VI, 19-1-2011, n. 27440, in *Dir. Giust.* 2011, p. 286.

¹⁴ La tesi che richiede l'iscrizione ai fini della configurabilità dell'art. 348 c.p. non convince perché mettere sullo stesso piano la mancanza dell'abilitazione e la mancata iscrizione all'albo o all'ordine professionale significa parificare posizioni chiamate a svolgere compiti diversi e per questo da tenere nettamente distinte; come, del resto, ha fatto il legislatore del '30 nel delineare la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 348 c.p. che richiama solo «la speciale abilitazione dello Stato» senza operare alcun riferimento all'iscrizione. La stessa Relazione al codice penale nulla dice in ordine al 'requisito' dell'iscrizione prendendo in considerazione solo l'abilitazione; vi si legge infatti: «Lo Stato riconosce l'importanza di tali professioni, subordinando l'esercizio di esse ad una speciale abilitazione, ed incorrerebbe in evidente incongruenza, se non imprimesse carattere delittuoso all'abusivo esercizio». Evidentemente il legislatore del '30 ha tenuto, opportunamente, separati i due momenti che descrivono situazioni completamente diverse: potrebbe dirsi, per esemplificare, che l'abilitazione attiene alla sostanza e come tale punita; l'iscrizione alla forma e, pertanto, non considerata penalmente rilevante.

La scelta del legislatore del '30 si pone in armonia con la ratio della figura delittuosa in parola che prevede la sanzione penale al fine di salvaguardare coloro che vengono a contatto con il 'professionista' che svolge attività tali da risultare potenzialmente pericolose se poste in essere da soggetti privi di quelle cognizioni tecniche che si presuppongono in chi, dopo aver conseguito la laurea, ha altresì superato l'esame di abilitazione all'esercizio della professione.

L'iscrizione all'albo presuppone l'accertamento della capacità professionale attraverso il procedimento dell'esame di Stato o della speciale abilitazione; dopo di ciò l'ordine professionale non ha alcun potere di accertamento ulteriore delle capacità tecniche del professionista (G. CIAN-A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova 2018, p. 2228). E tutto ciò nulla ha a che vedere con il requisito dell'iscrizione chiamato a svolgere compiti diversi.

un periodo di tirocinio professionale¹⁵, è chiamato alla redazione di un duplice parere motivato e di un atto giudiziario che postula conoscenze di diritto sostanziale e di diritto processuale, e infine al superamento di una prova orale su determinata materie (art. 46 l. n. 47/2012).

L'iscrizione all'albo o ordine – atto amministrativo che non può essere neppure rifiutato in presenza di determinati presupposti¹⁶ – svolge compiti diversi dall'abilitazione. L'iscrizione si configura come un elemento di natura pubblicistica, nel senso che restituisce certezza giuridica a chi consulta l'albo allo scopo di avvalersi dell'opera professionale di uno o più iscritti¹⁷; rappresenta un requisito soggettivo di validità del contratto che ha per oggetto la prestazione d'opera intellettuale¹⁸ e, quindi, una forma di tutela degli interessi economici del singolo e, indirettamente, della corporazione¹⁹; e, ancora, consente il controllo e la vigilanza sui singoli iscritti, che viene esercitata dagli enti professionali e dalle pubbliche autorità²⁰.

La sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali di cui al co. 6 dell'art. 4 d.l. n. 44/2021 viene comunicata all'interessato dall'ordine professionale di appartenenza (co. 7), determinando di fatto una sospensione dall'ordine ove è iscritto il professionista. Sospensione che può essere parziale qualora il medico venga adibito allo svolgimento di altre funzioni comunque afferenti alla professione, o totale nell'ipotesi in cui alcuna altra mansione possa essere adempiuta.

La norma penalistica (art. 348 c.p.) richiede ai fini dell'espletamento della professione il superamento di un esame abilitante; la disposizione civilistica (art. 2229 c.c.) impone l'iscrizione in appositi elenchi o albi professionali: entrambe non richiamano tra i requisiti essenziali l'adempimento dell'obbligo di sottoporsi a vaccinazione.

4.- I profili controversi della vaccinazione obbligatoria: consenso viziato, ineffettività, e dubbi di costituzionalità.

L'art. 4 d. l. n. 44/2021, come si anticipava, presenta alcuni aspetti controversi da cui discendono conseguenze non secondarie.

Si prenda, ad esempio, un medico di medicina generale che avendo rifiutato di sottoporsi a vaccinazione viene sospeso, dal diritto di svolgere prestazioni o compiti che implicano contatti interpersonali, da parte del Servizio Sanitario Nazionale a cui fa capo attraverso una convenzione con l'Azienda Sanitaria territoriale. Nel caso in cui questi non potrà essere adibito a funzioni diverse – ma anche se fosse impiegato in altre attività – lascerebbe scoperta l'assistenza di numerosi assistiti. Va segnalato in proposito che il medico di medicina generale – tra i cui compiti vi sono quelli di salvaguardare la salute dei propri pazienti attraverso attività di diagnosi, terapia, riabilitazione, prevenzione a livello del singolo individuo e della sua famiglia, e di educazione sanitaria; garantire standard essenziali e uniformi di assistenza, soddisfacendo i bisogni sanitari dei pazienti sia nell'ambulatorio che al domicilio del paziente;

¹⁵ L'art. 41 co. 1 della l. n. 47/2012, «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense», stabilisce che il tirocinio professionale consiste nell'addestramento, a contenuto teorico e pratico, del praticante avvocato finalizzato a fargli conseguire le capacità necessarie per l'esercizio della professione di avvocato e per la gestione di uno studio legale nonché a fargli apprendere e rispettare i principi etici e le regole deontologiche.

¹⁶ C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano 1974, p. 224.

¹⁷ Cfr. C. LEGA, *Le libere professioni*, cit., p. 213, il quale ritiene, però, che l'iscrizione all'albo – che ha natura di requisito legale per lo svolgimento della professione (p. 255) – sia condizione *sine qua non* per esercitare legittimamente la professione (p. 217), e che in assenza di iscrizione si configuri l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 348 c.p. (p. 410 ss.). Sull'iscrizione all'albo, che ha carattere di accertamento costitutivo di uno status professionale, che impone a chiunque di prendere atto che il soggetto cui essa si riferisce ha diritto a svolgere l'attività anche nei rapporti con i terzi connessa a quello *status*, v. G. CIAN-A. TRABUCCHI, *Commentario*, cit., p. 222

¹⁸ Cfr. C. LEGA, *Le libere professioni*, cit., p. 555.

¹⁹ Cfr. S. MAZZAMUTO, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2015, p. 817

²⁰ Cfr. C. LEGA, *Le libere professioni*, cit., p. 213.

gestire le patologie acute e croniche degli assistiti anche mediante l'assistenza programmata al domicilio e l'assistenza organizzata nelle residenze protette – viene 'scelto' dal singolo assistito sulla base di un rapporto fiduciario. Infine, ogni medico di medicina generale può assistere fino a un massimo di millecinquecento pazienti e deve garantire l'assistenza presso il proprio studio almeno cinque giorni la settimana in orari prestabiliti.

La sospensione dallo svolgimento di attività e, dunque, dall'inibizione di seguire i propri assistiti determinerebbe una ricaduta non solo sul 'trasgressore' ma anche sulle persone del tutto estranee, che verrebbero private dell'ausilio del proprio medico 'di fiducia'. È facile intuire le conseguenze, ancor di più qualora il provvedimento di sospensione coinvolga più medici che operano sullo stesso territorio; né la questione potrebbe essere risolta dalla momentanea sostituzione del medico di fiducia con un altro medico. Come si accennava, tra medico e paziente sussiste un rapporto di natura fiduciaria e di assistenza, normalmente risalente nel tempo, che consente al medico di avere un quadro clinico del proprio assistito e che attraverso le notizie anamnestiche, anche risalenti nel tempo, può meglio attendere alla salute dello stesso. Sotto questo specifico profilo va sottolineato che la l. n. 219/2017²¹, all'art. 1 co. 1, seppure nel contesto del consenso informato, promuove la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico.

L'aspetto di maggiore insoddisfazione del d.l. n. 44/2021 attiene al rapporto con il consenso informato; istituto che risale alla Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata in Italia con l. n. 145/2001²².

Il principio che «è categorico, lapidario, perentorio. Non ammette repliche di sorta»²³; è un istituto sempre più spesso richiamato anche da altre norme; invero, il riconoscimento dell'autodeterminazione del paziente nella consapevole adesione ai trattamenti medici²⁴ a lui proposti dal personale medico e sanitario rappresenta uno dei punti essenziali anche della l. n. 219/2017.

In precedenza, la Corte costituzionale²⁵ aveva affermato che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e pone in risalto la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative. Informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32,

²¹ L'obbligo informativo ha trovato definitivo inquadramento normativo nella l. n. 219/2017, art. 1, co. 3-6, art. 3, co. 1-5 e art. 5 (recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"), la cui violazione integra responsabilità penale e civile, prescrivendo che ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi, così Cass. Sez. III, Civ., 11 novembre 2019, n. 28985, in <https://www.neldiritto.it>.

²² Legge 28 marzo 2001, n. 145 «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani*», in <https://www.gazzettaufficiale.it>.

²³ P. PIRAS, *L'atto medico senza il consenso del paziente. A dieci anni dalle Sezioni Unite e dopo la legge 2019 del 2017*, in *Sist. pen.* 2019, 11, p. 12.

²⁴ L'affermazione di principio assume particolare importanza sul piano generale anche se la legge 219/2017 all'art. 5 specifica che, ai fini della presente legge, «sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

²⁵ Corte cost., 23-12-2008, sentenza n. 438, in <https://www.giurcost.org>.

secondo comma, della Costituzione. Il consenso informato, dunque, deve essere inteso come manifestazione della cosciente adesione al trattamento sanitario e finisce per configurarsi nei termini di un vero e proprio diritto della persona, il cui fondamento si rinviene nei principi previsti dall'art. 2 (in tema di diritti fondamentali), e dagli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Nella stessa ottica si muove la giurisprudenza di legittimità affermando che la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria, costituisce esercizio di un autonomo diritto soggettivo all'autodeterminazione proprio della persona fisica. Quest'ultima in piena libertà e consapevolezza sceglie di sottoporsi a terapia farmacologica o ad esami clinici e strumentali, o ad interventi o trattamenti anche invasivi, laddove comportino costrizioni o lesioni fisiche ovvero alterazioni di natura psichica, in funzione della cura e della eliminazione di uno stato patologico preesistente o per prevenire una prevedibile patologia od un aggravamento della patologia futuri²⁶.

Al diritto al consenso informato corrisponde – secondo altra giurisprudenza – l'obbligo del medico (di fonte contrattuale o comunque correlato ad analoga obbligazione *ex lege* che sorge dal cd. 'contatto sociale')²⁷ di fornire informazioni dettagliate, in quanto adempimento strettamente strumentale a rendere consapevole il paziente della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative²⁸.

Uguali conclusioni si rinvengono negli artt. 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'art. 1 stabilisce che la dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata; l'art. 3 specifica, in tema di trattamento sanitario, che ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica e che – nell'ambito della medicina e della biologia – deve essere in particolare rispettato «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

L'obbligatorietà della vaccinazione si pone in stridente contrasto con le lacunose informazioni fornite dalle case biofarmaceutiche. Già il fatto che la 'Nota informativa' allegata al modulo di manifestazione del consenso sia stata modificata di continuo (ad esempio, *AstraZeneca*) è un segnale dell'incertezza che regna intorno ai possibili effetti indesiderati dovuti alla somministrazione del vaccino²⁹.

Le note informative che accompagnano l'inoculazione dei vari vaccini (il c.d. 'bugiardino', termine quanto mai appropriato alla luce dei continui aggiornamenti non solo delle case produttrici ma anche degli organismi di controllo³⁰) presentano un lungo elenco di possibili effetti collaterali che vanno – in percentuali decrescenti rispetto alla gravità delle possibili reazioni – dal semplice prurito o mal di testa (un paziente su dieci) all'eritema (un paziente su dieci), oppure dall'ingrossamento dei linfonodi (un paziente su cento) alle reazioni allergiche, dal sanguinamento persistente ai versamenti ematici sotto la pelle o alla paralisi flaccida facciale monolaterale temporanea.

L'elencazione delle possibili reazioni, riportate nel 'bugiardino' si chiude con alcune affermazioni che certamente non possono dirsi rispettose del diritto all'informazione del paziente. È possibile leggere (in via del tutto sintetica:

²⁶ Cass. Sez. III, Civ., 11 novembre 2019, n. 28985, cit.

²⁷ Cass. Sez. III, Civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, G.A., in <https://sentenze.laleggepertutti.it>.

²⁸ Cass. Sez. III, Civ., 27 novembre 2012, n. 20984, in <https://www.neldiritto.it>.

²⁹ Si fa riferimento alle Note informative pubblicate il 25.3.2021 sul sito del Governo, <http://www.governo.it>.

³⁰ Ad esempio, si legge su <https://www.adnkronos.com> (20.4.2021), «Johnson&Johnson e trombosi rare, nuovo parere sulla sicurezza del vaccino anti covid dall'Ema, che ribadisce come non ci siano "fattori di rischio specifici" ma che esiste un "possibile collegamento" fra il prodotto e le trombosi rare».

1) «Se manifesta (il paziente) un qualsiasi effetto indesiderato, anche se non elencati sopra, si rivolga al medico curante o contatti il centro vaccinale»; una diversa informativa riportava che l'elenco di reazioni avverse prima enumerate «non è esaustivo di tutti i possibili effetti indesiderati che potrebbero manifestarsi durante l'assunzione del vaccino»; «Non è possibile al momento prevedere danni a lunga distanza» (informativa *Vaccine AstraZeneca*);

2) «Non nota (la frequenza non può essere definita sulla base dei dati disponibili): reazione allergica grave; ipersensibilità» (vaccino *Moderna*);

3) «Non nota (la frequenza non può essere definita sulla base dei dati disponibili): reazione allergica grave» (*Comirnaty - BioNTech/Pfizer*);

4) «Non è possibile al momento prevedere danni a lunga distanza» (*Pfizer-BioNTech COVID-19*).

Sono, pertanto, le stesse case biofarmaceutiche che non conoscono i possibili effetti collaterali del prodotto dalle stesse messe in commercio dopo approvazione da parte degli organismi medici sovranazionali (E.M.A. - *European Medicines Agency*) e nazionali (A.I.F.A.).

Rispetto ad un tale quadro, di assenza di informazioni esaustive, l'obbligatorietà della vaccinazione appare del tutto irrazionale e stride in misura decisa con le statuizioni della Corte costituzionale (sentenza n. 438/2008) secondo cui: «il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute»; ulteriore conseguenza è il vizio di costituzionalità dell'obbligatorietà della vaccinazione anticovid per violazione degli artt. 2, 13, 32 della Costituzione italiana e degli artt. 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tralasciando le questioni di costituzionalità, va evidenziato che il provvedimento di obbligatorietà della vaccinazione, e la connessa 'minaccia di mancata retribuzione, non rappresenta certamente la 'soluzione' che sconfiggerà il rischio di contagio da coronavirus e sulla cui utilità è lecito avanzare molte riserve, anche perché chi rifiuta il vaccino sa bene che potrebbe essere una delle tante vittime dell'epidemia.

L'emergenza coronavirus – evidenziata dalla «massiva diffusione del contagio (che) ha espresso una domanda di cure rianimatorie, intensive e sub intensive, che il sistema non è stato in grado di soddisfare. Non tutti i pazienti, cui occorreva l'ausilio salvavita dell'ossigenazione assistita oppure della ventilazione forzata, hanno potuto riceverla»³¹ – ha determinato prese di posizione, forse, poco ponderate e inficcate dalla paura di un ampliamento della trasmissione del *virus*.

Il legislatore, per contrastare il rischio di espansione della pandemia, ha inteso utilizzare la via della 'coazione' sulla base, però, della propria (o delle case farmaceutiche) 'verità'; ma la 'verità assoluta', richiamando il romanzo pirandelliano evocato nel titolo del presente contributo, 'non esiste'.

³¹ Così puntualmente G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4, p. 11.