

Tre spunti di teoria generale del diritto sull' "obbligo" vaccinale

di

Paolo Becchi*

Intendo qui offrire tre spunti di riflessione più di natura teorico-generale che propriamente di diritto costituzionale. Nel primo punto sollevo interrogativi di principio sull'uso della scienza nell'argomentazione dei giudici, che spero verranno affrontati nel corso di questo convegno. Gli altri due spunti sono tra loro connessi: si parte dalla distinzione concettuale tra obbligo e onere e si arriva a quello che è a mio avviso il punto debole dell'intera impalcatura su cui si reggono le tre sentenze: la ritenuta legittimità della sottoscrizione del consenso informato anche nel caso del previsto obbligo vaccinale. Può apparire un punto secondario, a cui in effetti viene dedicato poco spazio dalla Corte, ma è il vero tallone d'Achille delle sentenze.

1. Giudici delle leggi o della medicina?

Su che cosa si regge l'intera costruzione della motivazione da cui scaturisce la giustificazione dell'obbligo vaccinale?¹ L'obbligo è fondato sul presupposto

* Professore di Filosofia del diritto.

¹ La Corte costituzionale con la recentissima sentenza n. 14/2023 ha ritenuto una misura ragionevole e proporzionata l'obbligo di vaccino covid per il personale sanitario (su tale obbligo si veda anche la sentenza n. 15/2023 relativa ai lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie e la sentenza n. 16/2023 con cui la Corte ha ritenuto inammissibile una questione di legittimità costituzionale relativa alla sospensione di una psicologa non vaccinata) e tale sentenza sarà certamente oggetto nei prossimi mesi di attente analisi da parte della dottrina costituzionalistica e della riflessione bioetica e biogiuridica. Sull'obbligo di vaccino covid-19, cfr. almeno R. Romboli, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. n. 44/2021*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2021, pp. 673 ss.; E.

scientifico, dato per dimostrato, che i vaccini utilizzati siano sicuri ed efficaci². Che ci siano anche effetti avversi è ammesso dalla Corte, ma non sono quantitativamente rilevanti, in genere di lieve entità e comunque prevedono un indennizzo. Sto riassumendo, ma credo in modo fedele.

A sostegno dell'efficacia dei vaccini si portano studi elaborati da autorità ufficiali sovranazionali e nazionali come l'EMA, l'AIFA e l'ISS che non lascerebbero dubbi. È anzitutto discutibile sostenere che la scienza si riduca a quello che dicono istituzioni che sin dall'inizio hanno spinto per approvare il più rapidamente possibile questi vaccini. È oltre modo discutibile che la Corte non abbia preso in alcuna considerazione dubbi espressi sin da subito su questi vaccini da premi Nobel, accademici autorevoli a livello internazionale o documenti firmati da migliaia di medici tipo la Great Barrington Declaration. Ma c'è anche un altro aspetto da considerare.

La scienza non è dogmatica, procede popperianamente per congetture e confutazioni e per esempio oggi ammette che il vaccino non impedisce la diffusione del contagio e neppure protegge dalla variante Omicron³. La "scienza", la "verità", non la si decide a maggioranza: può essere che l'opinione dei più abbia statisticamente maggiori probabilità di essere corretta, esatta, o un po' meno sbagliata di una decisione oligarchica o solitaria, ma la scienza procede per salti e

Lo Monte, "Così è (se vi pare)": l'obbligo vaccinale anticovid tra consenso viziato, rischi di inutilità e dubbi di costituzionalità, in *Iura & Legal Systems*, 2/2021; lo Speciale obbligo vaccinale, in *Nuove Autonomie*, numero speciale 1/2022; B. Liberali, *Le vaccinazioni contro il Covid-19 davanti alla Corte costituzionale. Profili processuali e di merito*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2022, pp. 341 ss.; C. Iannello, *Oltre il Covid. Verso l'obbligo di cura per i sani?*, in *Diritti fondamentali*, 3/2022, pp. 134 ss.; M. Massa, *Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali*, in *Corti supreme e salute*, 1/2023 (che offre una prima lettura delle sentenze nn. 14/2023; 15/2023; 16/2023 della Corte costituzionale).

² Sul rapporto tra scienza e decisioni della Corte costituzionale, cfr. P. Veronesi, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2009, pp. 591 ss.; S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2/2015, pp. 271 ss.; C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2/2016; E. Cheli, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017.

³ Vedi, per esempio, S.V. Subramanian, A. Kumar, *Increases in COVID-19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States*, in *European Journal of Epidemiology*, 36(12), 2021, pp. 1237 ss.

spesso per opinioni di minoranza. La stessa Corte sia pure del tutto incidentalmente è costretta ad ammetterlo. Si potrebbe osservare che le autorità ufficiali citate non hanno modificato la loro posizione, nel frattempo però sono emerse diverse critiche molto pesanti proprio sull'operato di quelle autorità. Insomma, se si affronta la questione in questi termini non se ne esce, anche perché, sin dall'inizio sono stati avanzati molti dubbi su questi nuovi vaccini a mRNA, che non corrispondono neppure alla tradizionale definizione di vaccino⁴.

Da qui una serie di domande che da filosofo del diritto vorrei rivolgere ai colleghi costituzionalisti. È compito della Corte intervenire nel dibattito scientifico per legittimare l'obbligo vaccinale? È compito della Corte dire se i vaccini fanno bene o male? Se i vaccini sono sicuri o inefficaci? Sono giudici delle leggi o della medicina?

Per parte mia credo che i giudici della Corte dovrebbero decidere sulla base della Costituzione e non sulla base della scienza o, in ogni caso, sulla base della regola costituzionale prevista per la scienza, ove ve ne sia una deducibile dal testo. E la Costituzione non "istituzionalizza" "la", "una", scienza: all'art. 9 promuove la ricerca scientifica, che presuppone continui dissensi, perché si cerca ciò che non si trova e all'art. 33, quindi in una disposizione successiva all'art. 32, "riconosce" la libertà della scienza. Ritengo, allora, che il punto di partenza avrebbe dovuto essere il bilanciamento tra diritti fondamentali come quelli della libertà su decisioni che riguardano il proprio corpo, il cosiddetto *habeas corpus*, dell'interesse della salute pubblica e del diritto al lavoro.

La Corte non opera invece alcun bilanciamento e mette al primo posto la protezione della salute di tutti insistendo sui doveri di solidarietà, mentre il diritto alla salute dell'individuo si riduce alla possibilità da parte del danneggiato di chiedere un risarcimento. In tema solidarietà solo qualche rapida considerazione.

⁴ Tra i più autorevoli critici del vaccino a mRNA si deve ricordare Peter Doshi, di cui si menziona il recente studio *Serious Adverse Events of Special Interest Following mRNA Vaccination in Randomized Trials*, in *Vaccine*, 40(40), 2022, pp. 5798 ss., ove gli autori, sulla base del rischio di eventi avversi gravi associato ai vaccini Pfizer e Moderna a mRNA, ritengono sia necessario approfondire il rapporto rischio-beneficio di tali vaccini.

Dal principio di solidarietà non si possono far discendere dei doveri giuridici nell'ambito della salute, e segnatamente l'obbligo di sottoporsi a un trattamento sanitario, anche perché, come è stato condivisibilmente osservato, "ammettere il contrario, condurrebbe a conseguenze gravi e costituzionalmente inaccettabili, aprendo una breccia nel nostro ordinamento in grado di dissolvere il diritto alla salute come diritto di libertà e di legittimare pervasive e pesanti ingerenze dell'autorità nella sfera della salute e dell'integrità psicofisica degli individui", come per esempio "la possibilità di rendere obbligatoria la partecipazione a trial clinici organizzati da industrie farmaceutiche al fine di sperimentare farmaci per quella o questa malattia (proposta che qualcuno è anche arrivato ad avanzare negli Stati Uniti), o anche come la possibilità di rendere obbligatoria la cessione di organi, per esempio di un rene, tra viventi in nome del dovere di solidarietà nei confronti dei soggetti che corrono un pericolo per salute in assenza di trapianto"⁵.

Il dovere di solidarietà esiste nella nostra Costituzione – una Costituzione che, come è noto, contempla sia "diritti" che "doveri" – ma il catalogo dei doveri deve ritenersi chiuso, senza che sia possibile estrarre "nuovi doveri" dal principio di solidarietà di cui all'articolo 2 della Costituzione. Come osservava già Paolo Barile, "clausole aperte" o interpretazioni estensive hanno ragione di essere applicate solo a favore dei diritti e non dei doveri e "del tutto inaccettabile è la tesi che vi sia un 'principio di solidarietà' da cui possano scaturire altri doveri non enumerati"⁶; e in precedenza, un altro insigne giurista, Giorgio Lombardi, aveva sostenuto come, in base a un "principio di certezza dei doveri" proprio del nostro ordinamento e manifestato a livello costituzionale dall'articolo 54 della Costituzione e a livello legislativo e amministrativo dall'articolo 23, i doveri inderogabili dell'articolo 2 della Costituzione non potessero essere che quelli espressi analiticamente dalle altre norme costituzionali riferibili alla categoria⁷.

⁵ A.A. Negroni, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, pp. 52-53, cui si rinvia anche per ulteriori considerazioni sul dovere di solidarietà nella sfera della salute.

⁶ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna 1984, pp. 68 e 107 ss.

⁷ G.M. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano 1967, p. 40 (testo e nota 78).

Una ultima breve osservazione. Sorprende che la Corte che tanto insiste sulla solidarietà, non abbia speso neppure una parola sulla connessione tra solidarietà e diritto al lavoro, ritenendo lecita non solo la sospensione dal lavoro con la privazione della retribuzione, ma persino la privazione dell'assegno di mantenimento. La nostra Costituzione è "fondata sul lavoro" mentre i giudici della Corte considerano il lavoro in termini riduttivi, esclusivamente sinallagmatici.

2. Obbligo o onere?

La Corte costituzionale nelle sentenze discorre in generale di obbligo vaccinale, ma sotto il profilo tecnico-giuridico si trattava davvero di un obbligo?⁸

Quello che si è verificato inizialmente è che per poter fare una serie di cose, entrare ad esempio in certi luoghi, era necessario essere vaccinati, o guariti o aver effettuato un test risultato negativo al virus. Insomma, per fare certe cose si dovevano osservare certe disposizioni. Anche nel caso del personale sanitario, inteso in senso ampio, per cui è stato introdotto l'obbligo vaccinale (questo è l'oggetto delle sentenze della Corte), in realtà le disposizioni stabiliscono propriamente che per poter lavorare ed essere retribuiti bisogna essere vaccinati. Disposizioni peraltro poi estese ad altre categorie di persone, sino ad includere tutti gli ultracinquantenni.

Non c'è dubbio che ci sia una differenza rilevante tra il mangiare al ristorante e il poter lavorare, ma la struttura logica del ragionamento è la stessa:

"se vuoi *b*, devi *a*".

⁸ In dottrina è stato osservato come la "certificazione verde covid-19" non abbia introdotto alcun obbligo di vaccinazione, ma piuttosto un onere giuridico (vedi per esempio F.G. Pizzetti, *Il "green pass" alla luce dell'articolo 32 della Costituzione: alcune brevi considerazioni*, in *Future of Science and Ethics*, 6/2021, pp. 10 ss.); e in diversi contributi dottrinali lo stesso obbligo di vaccino covid introdotto per il personale sanitario è stato qualificato come "onere" (vedi per esempio A. Maniaci, *Introduzione di un obbligo vaccinale contro il Covid-19: profili di criticità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 20/2021, pp. 47 ss.; G. Pellacani, *Dall'obbligo vaccinale contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario al "Green Pass"*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 1/2021, pp. 42 ss.; F. Rigano, M. Terzi, «Certificazioni verdi COVID-19» e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale, in *Osservatorio AIC*, 5/2021, pp. 146 ss.).

Si tratta di una struttura normativa che qualche tempo fa sapeva di paternalismo, di “governamentalità” liberale, ora, con un termine alla moda, rinvia alla teoria comportamentistica dei *nudge*, della “spinta gentile”, adattata al diritto da Cass Sunstein⁹.

Ma anche se alla moda, resta che una struttura logica di questo tipo, giuridicamente, non corrisponde all'obbligo ma all'onere. Cosa qualifica l'obbligo in termini giuridici?

Obbligatorio a = non è permesso non fare a

Obbligatorio fare il vaccino significa che non ti è permesso non farlo perché lo devi fare e se non lo fai sarai per questo sanzionato. L'obbligo esige concettualmente la sanzione, vale a dire nel caso di non ottemperanza subentra una sanzione penale (una punizione) o una sanzione civile (un risarcimento). La Corte stessa, però, espressamente afferma che in questo caso non ci sono sanzioni. La sospensione dal lavoro “non ha la natura e gli effetti di una sanzione”. Non si sa bene cosa sia, se non una sanzione e addirittura pesante. Ma se per la Corte non c'è sanzione, allora sotto il profilo giuridico non ci sono neppure obblighi. Quindi, siamo fuori dall'art. 32, comma 2, della Costituzione.

⁹ Con il termine “nudge” gli economisti comportamentali Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein si riferiscono a una serie di stratagemmi ed espedienti in grado di alterare il comportamento delle persone in modo che esse pongano in essere scelte razionali, economicamente convenienti e/o gradite allo Stato, senza tuttavia esservi costrette da obblighi; la teoria dei nudge viene presentata da Thaler e Sunstein come un “paternalismo libertario” in quanto, pur essendo finalizzata a influenzare i comportamenti delle persone al fine di rendere le loro vite più lunghe, sane e migliori, lascerebbe comunque le persone libere di fare come credono (R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità* (2008), Feltrinelli, Milano 2009). In argomento M. Kusters, J. Van der Heijden, *From mechanism to virtue: Evaluating Nudge theory*, in *Evaluation*, 21(3), 2015, pp. 276 ss.; C. Huyard, «Nudges»: *validité, limites et enjeux éthiques, notamment en santé*, in *Médecine/Sciences*, 32, 2016, pp. 1130 ss.; A. Alemanno, *Le «Nudge» et l'analyse comportementale du droit: une perspective européenne*, in *RED*, 1/2020, pp. 25 ss.; A. Gragnani, *Nudging e libertà costituzionali*, in *Diritti fondamentali*, 1/2021, pp. 498 ss.

In ogni caso, la cosa che a mio avviso andrebbe discussa è la seguente: è possibile che senza neppure un “vero” obbligo si sia giunti sino a giustificare non dico la sospensione della retribuzione, ma addirittura la sospensione dell’assegno alimentare? Può un onere, che è una qualificazione precettiva più debole rispetto all’obbligo, arrivare sino al punto di giustificare la sospensione di quell’ assegno che invece viene peraltro riconosciuto nel caso si trattasse della violazione di un obbligo?

3. Consenso obbligato?

Uno degli aspetti senz’altro più controversi delle sentenze è l’aver persino giustificato la necessità di firmare il modulo del consenso informato prima di procedere alla vaccinazione, in modo da farla apparire come una decisione libera. Ma come si può parlare in questo caso di “libertà”, quando è palese il ricatto a cui l’individuo viene sottoposto dallo Stato?

La nostra Costituzione, infatti, ammette i trattamenti sanitari obbligatori, all’art. 32, comma 2, con il limite di una riserva di legge statale rinforzata nel contenuto (il rispetto della persona umana, sempre difficile da ‘decidere’), di una riserva di legge che, nella lettera, pare assoluta e che, comunque, anche laddove considerata relativa deve “determinare” il trattamento, non delegabile a fonti sub-legislative o atti amministrativi e di una riserva di legge che, per garantire davvero la persona umana e la sua *auto-nomia* in senso proprio, dovrebbe esigere la forma di legge, quindi la deliberazione parlamentare, con l’esclusione dell’atto avente forza di legge del Governo. Semplificando, la *ratio* della riserva di legge in questo caso è quella di supplire la libera determinazione dell’individuo sul proprio corpo con quella del corpo rappresentativo della collettività.

Si può, quindi, discutere se in questo caso fossero opportuni e leciti ma nel momento in cui si è optato per questa scelta allora non si vede perché la persona sottoposta all’ obbligo debba ancora dare il suo consenso. Se il trattamento è realmente obbligatorio questo avviene a prescindere dalla volontà della persona ad

esso sottoposta e quindi a prescindere dal suo consenso. E allora perché in questo caso viene richiesto?

Proprio per legittimare la richiesta del consenso la Corte nella sentenza n. 14/2015 è costretta ad ammettere che non si tratta di un vero obbligo, ma di onere, "l'onere di sottoscrizione del consenso informato". L'argomentazione è davvero imbarazzante. La Corte richiama la legge n. 219 del 2017 sottolineando che il consenso libero e informato è un prerequisito dei trattamenti sanitari, salvo i casi espressamente previsti dalla legge. Nessun dubbio su questo. Ma ecco il salto argomentativo. Dopo aver sostenuto che la raccolta del consenso è utile per una completa e corretta "anamnesi prevaccinale destinata tra l'altro a valutare l'eleggibilità del soggetto interessato alla vaccinazione", la Corte conclude: "la natura obbligatoria del vaccino in esame non esclude la necessità di raccogliere il consenso informato che viene meno solo nei casi espressamente previsti dalla legge come previsto dalla legge numero di 219 del 2017". È interessante constatare come inizialmente, in modo incidentale, la Corte richiami la necessità del consenso informato a garanzia della persona sottoposta a vaccinazione. Insomma, la persona deve essere adeguatamente informata e dare le giuste informazioni per evitare eventuali controindicazioni al vaccino. La Corte però di fatto dimentica che il consenso non soltanto deve essere informato ma libero, ed in questo caso è palese che non lo è. Ma allora come è possibile per la Corte sostenere la fondatezza della richiesta di sottoscrizione del consenso informato?

Ecco la risposta: "l'obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all'obbligo, assumendosi responsabilmente in questo secondo caso le conseguenze previste dalla legge". E così ritorniamo alla domanda iniziale: se è possibile una scelta tra vaccinarsi e non vaccinarsi allora non si tratta più di un obbligo ma di un onere ed è discutibile che con un onere si possa essere sospesi dal lavoro e persino di fatto costretti ad una vaccinazione non voluta per evitare quella sospensione. La sublimazione dell'obbligo in onere ha avuto l'effetto netto di diminuire la garanzia per i diritti dell'individuo, senza peraltro potersi sostenere con la giustificazione della salute

pubblica, la quale renderebbe inaccettabile la prevalenza del consenso, informato o meno meno che sia, del singolo.

Una cosa è certa: la Corte ha “assolto” il legislatore, perché si sarebbe fidato dei dati che aveva a disposizione, ma con questa soluzione molto semplicistica ha messo a repentaglio la sua credibilità, con la conseguenza che diversi giudici di merito stanno portando all’ attenzione della Corte nuovi casi o prendono decisioni non conformi a quanto da essa sentenziato.

dirittifondamentali.it