

COSA VUOL DIRE: OBBLIGO VACCINALE?

Nota del m.e. ANTONIO GAMBARO (*)

(Adunanza del 20 gennaio 2022)

SUNTO. – Intervenendo su un tema di attualità, si esaminano le confusioni concettuali che imperversano sui mass media e che si riflettono sul lessico del legislatore italiano quando deve emanare provvedimenti per fronteggiare l'epidemia Covid-19. In riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU che si è pronunciata in materia di obblighi vaccinali si precisa in che limiti si può parlare di obbligo.

ABSTRACT. – In reference to a topical issue, the Note examines the conceptual confusions that rage on the mass media and that are reflected in the lexicon of the Italian legislator when it has to issue measures to face the Covid-19 epidemic. With reference to the case-law of the ECtHR which ruled on vaccination obligations, it is specified to what extent one can speak of a legal duty to be vaccinated.

1. DICERIE, IMPRECISIONI E CONTESTUALIZZAZIONE DELLE PAROLE

1.1 E' ben noto, ed in parte inevitabile, che in periodi di emergenza al rapido accavallarsi delle notizie si accompagnino in tutta la molteplicità delle loro forme le dicerie, le imposture, le leggende ed in genere tutto l'armamentario dei discorsi emotivi che hanno riempito la vita dell'umanità e solo nella modernità sono divenuti oggetto di

(*) Professore emerito dell'Università di Milano. Accademico dei Lincei, Italy.
E-mail: antonio.gambaro@unimi.it

riflessione scientifica come hanno insegnato le splendide pagine di Marc Bloch sulle false notizie di guerra¹.

Accanto alle fake news, come ci siamo abituati a denominare un fenomeno alquanto antico, si collocano parole che non veicolano falsità vere e proprie, ma imprecisioni concettuali che contraddicono alla funzione principale del linguaggio, almeno per chi ritiene, assieme a Lamberto Maffei², che esso sia alla base della razionalità umana grazie alla quale gli umani, ed essi soli, cercano di collegare i fatti alle loro cause e produrre utili generalizzazioni.

Anche a questo proposito nulla di nuovo.

Gli effetti nefasti delle imprecisioni del linguaggio sono stati denunciati da tempo. Celebri, al riguardo, i moniti di Pavel Florensky³.

1.2 In verità si avverte altresì una crescente insofferenza verso la confusione ingenerata dalle troppe parole in libertà che sono circolate sui vari canali mass medialti nei tempi ansiogeni che stiamo vivendo, anche se accanto alle manifestazioni di malessere non colgo diffuse analisi delle cause profonde della confusione lamentata.

Analisi che, a mio avviso, non può prescindere da una adeguata contestualizzazione dei discorsi e dei dibattiti in corso sui problemi suscitati dalla pandemia che ci attanaglia.

Discorsi, o dibattiti, che si svolgono in molte direzioni rispetto alle quali conviene tener distinto l'ambito scientifico conoscitivo, attinente in sintesi all'accertamento di come il virus si comporta (ossia come si trasmette, come evolve, muta, etc.) e quali effetti produce una volta installatosi nel corpo umano.

L'ambito della tecnica comunicativa, attinente, sempre in estrema sintesi, alle modalità mediante le quali si suscita il consenso sociale circa le condotte umane preferibili. Ambito, eminentemente dialettico in cui si contrappongono sensibilità, convinzioni e previsioni plurali e quindi risulta necessariamente magmatico e che in questa occasione ha dato segnali di una certa irrazionale caoticità a temperare la quale provvedono le istituzioni le quali agiscono mediante strumenti normativi, indivi-

¹ M. Block, 1921.

² L. Maffei, 2018.

³ P. A. Florenskij, 2009.

duando così un ulteriore ambito in cui contestualizzare i discorsi relativi all'emergenza pandemica.

In ciascuno di questi tre ambiti la precisione terminologica/concettuale gioca ruoli importanti anche se disparati e tuttavia si converrà facilmente che proprio nel terzo ambito discorsivo è dato cogliere la rilevanza della precisione del linguaggio normativo.

1.3 Ai soli fini della introduzione del presente discorso, si può avvertire che il linguaggio normativo presenta aspetti assai complicati, attinenti in primo luogo ai caratteri linguistici del messaggio rivolto dal legislatore ai destinatari, tratto che non si appiattisce sulla sola dimensione di un mitica chiarezza come pensano alcuni evitando però di “chiarire” per chi il messaggio deve essere immediatamente comprensibile; attinenti altri all'aspetto performativo sia quello strategicamente rivolto all'esercizio del potere di plasmare una data società istituendone le identità e le specificità, sia quello più modestamente diretto a suscitare immediato consenso tra gli elettori, agevolando così la rielezione dei legislatori in carica; mentre altri aspetti attengono al controllo della filiera ermeneutica.

Lasciando qui da canto tutti questi aspetti altamente problematici ci si limiterà a ricordare il dato ineluttabile per cui ogni norma, anche quelle inserite in disposizioni normative che comprendono, oltre al neutrico, solo concetti fattuali, prima o poi, deve integrarsi con un sistema di giustizia che parla il linguaggio della legalità, ossia parla un linguaggio giuridico il quale, a mio avviso (e di molti), non è solo il lessico del legislatore, come si è disastrosamente insegnato⁴, ma anche quello di una coerenza formale e sistematica tra tutte le regole vigenti.

Per calare queste premesse generali in un discorso concreto un buon esempio può essere tratto dall'attuale dibattito circa il cosiddetto obbligo vaccinale.

2. LE IMPRECISIONI CHE HANNO ACCOMPAGNATO IL DIBATTITO CIRCA L'INTRODUZIONE DELL'OBBLIGO VACCINALE CONTRO IL VIRUS COVID-19

2.1 Si converrà facilmente che il panorama comunicativo che ha preceduto ed accompagnato le ultime decisioni normative è desolante.

⁴ Cfr. i riferimenti in U. Scarpelli e P. Di Lucia, 1994.

Si è fatta regolarmente confusione tra onere, obbligo e divieto; tra doveri di condotta e documentazione del loro assolvimento; tra ipotesi di mancato assolvimento dell'obbligo vaccinale sanzionato con ammende amministrative ed ipotesi, assurde, di vaccinazione forzata e ciò non solo nelle comunicazioni circolanti sui social media, ma anche in altri canali mass mediali più paludati sino a coinvolgere il lessico del legislatore.

Vorrei mostrare come questa imprecisione terminologica sia da un lato nociva alla razionalità dell'agire comunicativo e, dall'altro, impedisca di cogliere gli autentici problemi politico/istituzionali che si debbono affrontare quando le autorità di "governo" - intendendo per tali l'insieme delle istituzioni investite del potere legislativo e regolamentare - impongono una vaccinazione di massa.

Problemi, certo articolati, ma non particolarmente complessi, sempre che si mantenga una decente appropriatezza di linguaggio mediante la quale correlare le parole con cui si comunica con fattispecie astratte idonee ad essere applicate.

3. BREVE CONTESTUALIZZAZIONE DEI MESSAGGI NORMATIVI

3.1 Inizio con il ricordare una banalità: circa le scelte normative poste in essere dagli organi deliberativi per fronteggiare la situazione pandemica esiste un momento decisionale in cui si adottano certe regole e non altre, pure proponibili, e le sia adotta in un certo momento e non in un altro.

E qui la logica è facile: si decide seguendo procedure costituzionalmente predisposte ed a maggioranza del corpo deliberativo.

Logica elementare, che tuttavia si complica quando le decisioni dei corpi deliberativi sono plurali e non ben gerarchizzate tra loro.

In essenza, tuttavia, rimane che si tratta di scelte normative espresse in atti formali che sempre che abbiano un contenuto sufficientemente preciso⁵ superano e chiudono la fase del dibattito antecedente, rispetto alle

⁵ In realtà le strategie comunicative disponibili al legislatore consentono anche di "decidere di non decidere" e ciò può dare origine ad una serie molto complessa di problemi ermeneutici. Tuttavia, in questa sede si prescinde sia dai temi di tecnica legislativa sia da quelli di ermeneutica.

quali sono possibili valutazioni critiche diffuse, ma tali critiche non intaccano la validità delle decisioni assunte dai corpi deliberativi.

3.2 Piuttosto, si deve ricordare che, almeno nei sistemi occidentali, e quindi non in tutti, le decisioni assunte dagli organi di “government” sono soggette a *judicial review*, ossia ad uno scrutinio *ex post* di legittimità da parte di organi giurisdizionali, ove non vale la ragione dei più e non sempre vale la verifica empirica dell’efficacia, mentre acquista rilievo il profilo della coerenza logico/formale con le regole ed i principi fondamentali del sistema giuridico/costituzionale in cui le regole emergenziali si inseriscono.

Per chiarezza, giova premettere che i controlli in questione sono di due tipi.

Controlli procedimentali, attinenti al processo deliberativo ed all’esercizio di poteri previamente attribuiti all’organo deliberante.

Di questo tipo di controllo non si farà cenno in questa sede posto che essi possono essere analizzati solo nei singoli contesti. Tuttavia, non si dimentichi che si tratta di controlli assai rilevanti come dimostra la decisione della U.S. Supreme Court nel caso *National Federation of Independent Business, et al., vs. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, del 13 gennaio 2021⁶ che ha sospeso gli obblighi vaccinali introdotti dall’Amministrazione Biden per i lavoratori.

Farò invece riferimento ai controlli sostanziali, attinenti al bilanciamento tra valori irrinunciabili che trovano riconoscimento nelle costituzioni, o nelle carte di diritti fondamentali, ma che possono entrare in conflitto tra loro.

Giova infatti sottolineare come se è vero che storicamente è la prima volta che una pandemia così aggressiva si manifesta in un ambiente scientificamente attrezzato a guidare, almeno in parte, le risposte ordinamentali ed ad apprestare rimedi efficaci, come i salvifici vaccini, è anche la prima volta che una pandemia così aggressiva si manifesta in un ambiente giuridici costituzionalizzati che fanno perno sui diritti individuali (Human Rights) sottoponendo quindi le scelte poste in essere dagli organi deliberativi degli Stati dotati di costituzioni rigide ad un vincolo di coerenza sistematica.

⁶ Consultabile sul sito della Supreme Court U.S. (<https://www.supremecourt.gov>).

4. ONERI E OBBLIGHI DI VACCINARSI

4.1 Muniti di questa minima contestualizzazione si può tornare ad esaminare che cosa si vuol dire quando si impone, come è accaduto recentemente in Italia con il D.L. 7 gennaio 2022, n. 1, un obbligo vaccinale, per ora limitato alle persone over 50.

4.2 Sino a questa data in realtà abbiamo conosciuto rispetto agli individui l'imposizione di oneri, ossia di comportamenti (*e.g.* il vaccinarsi, o equivalenti) che integrano una condizione preventiva per poter esercitare certi poteri o facoltà il cui esercizio è nell'interesse dello stesso soggetto onerato, con la conseguenza che l'imposizione di un onere non può logicamente contemplare alcuna sanzione verso chi non lo attui, salva naturalmente l'impossibilità di esercitare il potere, o la facoltà in questione.

Il che costituisce l'elemento di differenziazione rispetto alla nozione di obbligo, che designa un dovere di condotta imposto a vantaggio di altri e che perciò prevede sempre una sanzione, civile, amministrativa o penale, nel caso in cui rimanga inadempito.

4.3 Benché funzionalmente i due concetti possano sovrapporsi, specie quando gli oneri siano pervasivi, è sotto il profilo della loro struttura normativa che emergono distinzioni non prive di conseguenze pratiche.

Infatti, l'imposizione di oneri, anche molto stringenti come quelli relativi alla facoltà di svolgere numerose mansioni lavorative, è inidonea a suscitare effettivi problemi di coerenza con gli Human Rights, ed ancor meno a suscitare problemi di discriminazione.

Questi pseudo problemi nascono perché si è frettolosamente parlato di obbligo vaccinale, come ha fatto anche il legislatore a proposito del personale sanitario (art. 4 D.L. 44/21), senza considerare che la condotta sottesa a tale prescrizione non è strutturalmente diversa dalla prescrizione che il personale in questione abbia compiuto il richiesto percorso formativo (quello che termina con un diploma, laurea, specializzazione, etc.), o dall'onere di mantenersi professionalmente aggiornato, rispetto a cui è evidente sia l'inappropriatezza del termine obbligo, sia l'insensatezza di valutare come discriminatorio l'esclusione dall'esercizio della professione medica di chi non si sia almeno laureato in medicina.

Il punto essenziale è che non essendo "obbligatorio" esercitare la

professione medica, come qualunque altra professione, non si può correttamente parlare di “obbligo” di munirsi di una laurea in medicina, di un certificato di sana e robusta costituzione, o di un certificato di vaccinazione⁷. Per conseguenza logica non può essere esposto a sanzione colui che non è laureato in medicina e non esercita la professione medica e parimenti non può essere sanzionato il personale sanitario che pur non essendo vaccinato non esercita l’attività sanitaria. Ad esempio, perché in congedo, come ha riconosciuto il Tribunale di Milano⁸ a fronte di una sanzione irrogata da un ente che aveva stolidamente preso alla lettera la dizione legislativa.

Più in generale, sebbene sia vero che la mancata osservanza di un onere possa incidere in via fattuale e di riflesso sull’esercizio di diritti attribuiti ai singoli dall’ordinamento giuridico, tuttavia non si può sostenere che l’esercizio in concreto dell’indubbia libertà di evadere tale osservanza comporti una contraddizione con l’iscrizione ordinamentale del diritto attribuito, perché il nesso tra la norma attributiva e l’ostacolo all’esercizio in concreto è interrotto proprio dalla scelta individuale di evadere dall’onere⁹.

4.4 L’imposizione di obblighi in senso autentico, invece, può suscitare problemi di incoerenza con la salvaguardia degli Human Rights perché in tal caso l’obbligo vaccinale si ricollega alla sola condizione di esistere soggettivamente (ed essere residente nel territorio) e non contempla alcuna possibilità di rinunciare ad attuare la condotta che gli viene imposta; *e.g.*, evitando di esercitare una determinata attività, come possono fare agevolmente tutti i pensionati.

Ed è questa struttura logica che rende non solo possibile, ma inevitabile la previsione di una sanzione (amministrativa) nel caso di evasione dall’obbligo.

Correlativamente, l’esazione di una sanzione in caso di mancato

⁷ Altra e diversa questione può nascere dall’esclusione della possibilità che il sanitario posto in congedo possa ricevere un assegno alimentare previsto della legislazione vigente per altre ipotesi di sospensione cautelare del rapporto. Questioni di questo tipo sono state sollevate avanti la corte costituzionale.

⁸ Trib. Milano sez. Lav. 26 11.2021.

⁹ Cfr. Corte Cost. ord. 20 gennaio 2021, n. 15, in relazione alla pretesa di alcuni parlamentari di poter raggiungere le camere di appartenenza senza munirsi della “certificazione verde” resa necessaria per accedere ai mezzi di trasporto aerei e ferroviari.

adempimento di una condotta obbligata richiede che la nozione di obbligo vaccinale sia precisata come fattispecie dotata di netti contorni, posto che l'irrogazione di una sanzione, anche amministrativa, può avvenire solo nel rispetto del principio di legalità.

5. JUDICIAL REVIEW DELL'IMPOSIZIONE DI OBBLIGHI VACCINALI: IL CASO VAVŘIČKA AND OTHERS V. THE CZECH REPUBLIC

5.1 Puntualizzato ciò, è da avvertire che se si evitano pasticci linguistici e concettuali, i problemi connessi al vaglio giudiziale di legittimità dell'obbligo vaccinale non sono particolarmente complessi.

Al riguardo, può fare da guida una recente sentenza emanata dalla Grand Chamber della European Court of Human Rights (Corte EDU) nel Case of Vavříčka and Others v. The Czech Republic l'8 aprile 2021¹⁰. Una sentenza che, a parte l'autorevolezza della fonte, è veramente esemplare¹¹ per ampiezza di analisi comparativa, completezza dell'argomentazione e per coerenza logica¹².

5.2 Esaminando questo corposo documento, 79 pagine più altre venti di separate and dissenting opinions, si ritrae che:

a) L'imposizione di un obbligo vaccinale è legittima e rientra nel margine di discrezionalità che compete ai singoli Stati.

Tradotto: l'imposizione di un obbligo vaccinale è una scelta di politica sanitaria che compete ai singoli parlamenti, anche se le regole implementative possono essere introdotte mediante fonti sub legali. Rispetto a tale scelta non esiste un'unica soluzione, come dimostrato

¹⁰ In tema di obblighi vaccinali e di misure idonee a contrastare l'epidemia Covid-19, la Corte EDU ha emanato più recentemente altre sentenze, ma si tratta di pronunce che si fondano su profili procedurali e quindi sono assai meno istruttive.

¹¹ Non è tutto oro quello che luccica: il primo ricorso alla Corte Edu sul caso risaliva al 2013, ossia ad otto prima della decisione, ma è evidente che la corte ha approfittato dei ricorsi provenienti dalla Repubblica Ceca per esercitare una funzione di nomofilachia su scala europea.

¹² Va avvertito che il caso esaminato concerneva l'obbligo vaccinale dei bambini e non la vaccinazione Covid-19, ma gli argomenti affrontati sono esattamente gli stessi che vengono sollevati in questi giorni, compresa la stucchevole tesi avanzata dai ricorrenti per cui i vaccini sono sperimentali.

dall'analisi comparativa che vede alcuni Stati membri imporre veri e propri obblighi vaccinali contro un numero variabile di malattie, mentre altri si limitano ad imporre oneri vaccinali a chi voglia che i propri figli frequentino la scuola pubblica. Il che implicitamente esclude che possa avere fondamento nel blocco costituzionale europeo la speculare pretesa a che lo Stato imponga l'obbligo vaccinale per meglio salvaguardare la salute pubblica¹³.

- b) Tuttavia, l'imposizione di un obbligo vaccinale, in quanto integra un trattamento sanitario non volontario, **costituisce una interferenza** con la vita privata di cui all'art. 8 della ECHR¹⁴. Il che comporta che nell'ordine costituzionale europeo non basta che l'obbligo sia imposto con Legge (limite e garanzia di tipo formale), ma occorre che sia giustificato secondo criteri di razionalità giuridica guidati dal secondo comma dello stesso articolo.
- c) La sequenza logica è pertanto la seguente: si riconosce che una vaccinazione obbligatoria integra una interferenza delle pubbliche autorità con la vita privata dei cittadini; tale interferenza è vietata salvo che non sia giustificata dalla necessità di proteggere la salute; il requisito della giustificatezza è vagliato dalla Corte (come può essere vagliato dai giudici nazionali); spetta alla Corte vagliare il rapporto di proporzionalità tra il perseguimento dello scopo legittimo (la protezione della salute) e la misura assunta.
- d) Circa il vaglio di giustificatezza la corte Corte EDU ha osservato che esistono sufficienti prove scientifiche a favore di una vaccinazione di

¹³ Questione connessa è quella relativa all'omissione di imposizioni restrittive dell'esercizio di diritti fondamentali dei cittadini per meglio fronteggiare la diffusione pandemica; omissione che secondo alcuni potrebbe integrare un reato e su cui pertanto sono state chiamate ad indagare varie procure della repubblica. Accusa che andrebbe rimeditata alla luce del dato per cui l'adozione delle misure omesse potrebbe configurare a sua volta un illecito declinabile in varie figure penalistiche, se non fossero circoscritte da regole di dubbia costituzionalità.

¹⁴ Art. 8, Convenzione Europea Diritti Umani, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi interferenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

massa contro malattie contagiose per far rientrare l'imposizione di un obbligo vaccinale nel margine di apprezzamento che compete ai singoli parlamenti con conseguente esclusione del sindacato giurisdizionale su questo profilo.

- e) Circa il principio di proporzionalità giova premettere che esso si applica in due ambiti distinti: 1) proporzionalità dalla sanzione rispetto all'inadempimento dell'obbligo; 2) la proporzionalità dell'obbligo in sé.

Sotto il primo profilo, risorge una certa discrezionalità dei singoli Stati, ma sono da escludere sanzioni ad terrorem o comunque insopportabili.

Sotto il secondo profilo si deve escludere, come suggerito dall'*amicus curiae* brief presentato dal Governo tedesco, che sia proporzionata e quindi legittima una vaccinazione forzata. Pertanto, è escluso che l'obbligo vaccinale si concretizzi in un TSO (che sarebbe anche difficilmente praticabile).

Parimenti, rimane escluso che l'obbligo vaccinale possa essere assoluto, nel senso che non preveda alcuna esenzione.

E', invece, necessario, per rispettare il principio di proporzionalità, che la legge preveda la esenzione per coloro che presentano una controindicazione di tipo medico alla vaccinazione.

Tuttavia, la Corte EDU ha negato che possa essere motivo di esenzione una "secular objection of conscience", ossia una soggettiva contrarietà ai vaccini, (eventualità che svuoterebbe di significato il concetto di obbligo vaccinale); mentre ha evitato espressamente di pronunciarsi circa i rifiuti di vaccinarsi motivati da precetti religiosi. Tema delicato tenuto conto della fortissima protezione di cui godono le credenze religiose nell'ambito europeo, e che pertanto rimane aperto.

Infine, posta la correlazione tra l'obbligo vaccinale universale ed il valore della solidarietà, la Corte EDU ha sottolineato come sia necessario che l'obbligo vaccinale sia bilanciato dalla previsione di indennizzi a favore di coloro che sottoposti a vaccinazione obbligatoria soffrono di effetti avversi.

6. CONCLUSIONI

6.1 Se si assume questa importante e dotta sentenza come guida si può concludere che nell'ordine giuridico europeo, obbligo vaccinale significa

e non può significare altro che un dovere imposto a qualsiasi residente in un dato territorio, ancorché opportunamente individuato per fascia di età, di tenere un determinato comportamento, ossia farsi vaccinare, nell'interesse di tutti e quindi non solo di sé stessi.

Tale obbligo si differenzia dagli oneri imposti a chi intenda volontariamente svolgere una determinata attività e per la sua irrinunciabilità integra una interferenza con i diritti fondamentali, riassunti nella formula del diritto ad una "vita privata" che compete a tutti i cittadini europei.

Da ciò consegue che per poter essere un obbligo legittimamente imposto - il che equivale a dire un obbligo effettivamente vigente - l'obbligo vaccinale richiede di essere fortemente conformato dall'ordinamento giuridico sino ad assumere una propria precisa fisionomia che lo distanzia notevolmente rispetto alla generica nozione di obbligo.

Pertanto, quando si parla di un obbligo vaccinale rispetto alla pandemia in corso si designa il dovere di tenere una determinata condotta che riguarda intere categorie di persone indipendentemente dalla loro volontà e dal loro individuale interesse a svolgere una determinata attività, ma che non può essere sanzionato in modo spropositato, non può essere oggetto di esecuzione in natura, non può essere assoluto - ossia privo di giustificate esenzioni -, non può essere imposto senza la previsione di un pieno indennizzo a favore di coloro che a causa della vaccinazione incorrono in conseguenze avverse.

BIBLIOGRAFIA

- Marc Bloch, 1921. *Réflexions d'un historien sur les fausses nouvelles de la guerre*, in *Revue de Synthèse Historique*, t. 33, 1921, 97, poi in M. Bloch, *Mélanges historiques*, Paris, 1963 e in Marc Bloch, *Réflexions d'un historien sur les fausses nouvelles de la guerre*, Paris, Editions ALLIA, 1999.
- Lamberto Maffei, 2018. *Elogio della parola*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 30.
- Pavel A. Florenskij, 2009. *Non dimenticatemi, trad.it.*, Milano, Mondadori, 2009, pp. 417-418.
- Uberto Scarpelli-Paolo Di Lucia, 1994 (cur.). *Il linguaggio del diritto*, Milano, Led, 1994.

