

La vaccinazione tra diritti e doveri

Di Vitalba Azzollini e Serena Sileoni

Premessa

Dopo un anno di pandemia, la sanità ha cambiato la corsa contro il tempo: da quella per guarire, a quella per non ammalare.

Il titanico sforzo del settore farmacologico e le conoscenze già acquisite nei confronti della famiglia del virus del Covid-19 avevano già consentito a due mesi dallo scoppio della pandemia di individuare il vaccino. In meno di un anno, in Europa due sono in distribuzione, uno sotto autorizzazione dell'Agenzia europea del farmaco, nel mondo 64 sono in fase clinica di sperimentazione e 173 in fase pre-clinica.¹

Il vaccino è la luce in fondo al tunnel, ma proprio per questo impone di soffermarsi su un paio di questioni.

La prima, evidente, è che non si rilassi l'impegno organizzativo per contenere il contagio, pur continuando a vivere una vita il più possibile normale (andare a scuola, a lavoro, potersi curare, avere un minimo di relazioni necessarie ad affrontare il più serenamente possibile la vita).

La farmacologia ha individuato la formula vaccinale, le imprese ne stanno garantendo la fornitura, l'Unione europea e gli Stati ne hanno consentito la messa in commercio e l'acquisto, ma il vaccino non sarà un abracadabra. Nel frattempo, le persone, le famiglie, le imprese, i lavoratori hanno il diritto a che lo Stato e gli enti locali bilancino la tutela della salute pubblica e le altre esigenze di vita individuale e collettiva. Più di prima, proprio ora che è iniziata la vaccinazione non possiamo pensare che salute e libertà siano un gioco a somma zero.

La seconda questione riguarda invece come garantire che i vaccini siano rapidamente e massicciamente somministrati. I profili sono due: uno logistico e uno di *compliance*. Si tratta di questioni fortemente intrecciate tra loro, non foss'altro perché è impensabile pretendere una "domanda" di vaccinazione se non esiste una concreta offerta, che in questo caso non vuol dire soltanto una fornitura numericamente adeguata, ma anche una distribuzione e una strategia dettagliata di somministrazione.

A margine, tuttavia, delle complesse questioni logistiche che sono state oggetto di ampia discussione e critica, il presente contributo vuole invece rispondere alle domande se sia possibile e se sia opportuno obbligare le persone a vaccinarsi.

KEY FINDINGS

- Al momento parlare di obbligo vaccinale è prematuro. Non vi sono ancora dati definitivi sulla trasmissibilità. Non vi è una distribuzione tale da rendere l'obbligo esigibile, né dal punto di vista delle forniture né, soprattutto, da quello della distribuzione e del piano (quale piano?) di vaccinazione.
- Se fosse sancito l'obbligo, la sua violazione non potrebbe comportare la sospensione di diritti inviolabili, come quello alle cure o all'istruzione. Il legislatore potrebbe prevedere, invece, sanzioni pecuniarie o il divieto di accesso ad alcuni spazi pubblici o aperti al pubblico.
- In futuro, l'obbligo di vaccino nei luoghi di lavoro potrebbe diventare la testa d'ariete per una distribuzione e somministrazione parallela a quella del servizio sanitario nazionale, che possa accelerare l'impegno a una vaccinazione di massa.

Vitalba Azzollini è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni. Serena Sileoni è Vice Direttore Generale dell'Istituto Bruno Leoni.

¹ Dato WHO aggiornato al 22 gennaio 2021, disponibile a <https://www.who.int/publications/m/item/draft-landscape-of-covid-19-candidate-vaccines>

Se per l'efficacia del vaccino bisogna raggiungere la cosiddetta immunità di gregge, serve infatti fare chiarezza su quale sia lo strumento più appropriato per raggiungere il più rapidamente possibile lo scopo.

Va precisato che si tratta di un argomento in continua evoluzione. Le acquisizioni scientifiche sono in costante sviluppo e, come si vedrà in prosieguo, esse rappresentano la base su cui si fondano conclusioni di diritto. Dunque, la ricognizione che segue fa riferimento alle conoscenze mediche raggiunte al momento in cui essa viene svolta. Si è inoltre consapevoli che oggi il dibattito sull'obbligo di vaccino è prematuro, sia dal punto di vista pratico che politico. Tuttavia potrebbe non essere troppo lontano il tempo in cui diverrà concreto. Lo scopo del presente lavoro è quello di fornire strumenti interpretativi di base dell'obbligo vaccinale, dal punto di vista giuridico.

L'obbligo vaccinale

Gli obblighi esistenti

La nostra legislazione già contiene tutta una serie di vaccinazioni obbligatorie, in forma "generale" o in forma "speciale". Le prime rivolte a tutta la popolazione, normalmente nella più tenera età infantile, residente nel territorio italiano; le seconde, invece, soltanto per alcune categorie, in ragione dell'attività svolta o di particolari circostanze.

Quanto alle vaccinazioni per l'infanzia, la discussa legge (l. n. 119/2017) ne prevede dieci obbligatorie e quattro non obbligatorie, ma raccomandate. Salvo che non si dimostri l'impossibilità di sostenere il vaccino, ad esempio a causa di comprovate ragioni di salute, per chi non vaccina i figli è prevista l'irrogazione di una sanzione (da 100 a 500 euro) attraverso un iter particolare. La ASL territorialmente competente, una volta accertato l'inadempimento dell'obbligo vaccinale, avvia una procedura che prevede la convocazione degli esercenti la responsabilità genitoriale mediante invito scritto alla vaccinazione, eventualmente corredato di materiale informativo. Se non rispondono all'invito, l'ASL provvede a una nuova convocazione. Nel caso in cui gli esercenti la responsabilità genitoriale non si presentino al colloquio o, dopo di esso, non facciano somministrare il vaccino al minore, la ASL contesterà loro formalmente l'inadempimento dell'obbligo vaccinale, con l'ultimo avvertimento che, se non dovessero far somministrare al minore il vaccino o iniziare/completare il ciclo entro il termine fissato dall'ASL stessa, sarà loro comminata la sanzione amministrativa pecuniaria. Essere in regola con le vaccinazioni è un requisito per poter accedere agli asili nido, alle scuole materne e ai connessi servizi integrativi, compresi quelli privati. Per quanto riguarda, invece, le scuole dell'obbligo, cioè elementari, medie, i primi due anni delle superiori ed i centri di formazione professionale, la mancata effettuazione di un vaccino obbligatorio comporta la sanzione economica, ma non impedisce l'accesso all'istruzione.

Vaccinazioni sono previste anche per i lavoratori: è uno degli elementi del sistema della sicurezza sul lavoro, non solo per il personale sanitario, ma per diverse categorie ulteriori. Il codice civile e il Testo Unico Salute e Sicurezza del lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, TUSL) impongono infatti al datore di lavoro l'obbligo di assicurare la tutela dell'integrità fisica dei lavoratori. Attraverso il medico competente, il datore assolve a tale obbligo assicurando loro anche la necessaria copertura vaccinale, laddove prevista e attuabile: ad esempio - quella anti HBV, anti HAV, antitifica, oltre a vaccinazioni collegate a missioni di lavoro all'estero.

Il medico competente ha il compito di spiegare le finalità di quanto vuole eseguire, inclusi eventuali effetti non desiderati, e raccoglie l'adesione del lavoratore. In assenza della vaccinazione, verrebbero a mancare i presupposti per la formulazione della idoneità lavorativa,

potendosi quindi arrivare allo spostamento del lavoratore a diversa mansione e, poi, anche al licenziamento. È il caso delle vaccinazioni antitetanica e antitubercolare.²

Infine, vi sono altre vaccinazioni non imposte *ex lege*, ma che possono essere richieste a seguito della valutazione congiunta di datore di lavoro e medico competente circa l'esposizione del lavoratore a diversi agenti biologici. Se la valutazione del rischio rilevi la necessità, il datore di lavoro è obbligato a mettere a disposizione i vaccini legati al rischio biologico per l'ambito di lavoro svolto.³ Tale valutazione va fatta tenendo conto di una serie di parametri che il datore di lavoro - attraverso il medico competente e il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione - deve accertare in maniera completa e documentata, per individuare adeguate misure di prevenzione e protezione, programmando interventi di neutralizzazione degli agenti biologici stessi: a tal fine, la vaccinazione riveste un ruolo di prevenzione e diventa così strumento di tutela sia del lavoratore che di soggetti terzi esposti al rischio di contaminazione. Anche in questo caso, la mancata vaccinazione può dare luogo alla valutazione dell'inidoneità lavorativa, con quanto ne consegue (*v. infra*).

Il vaccino contro la Covid-19 può essere imposto?

Come suggerito dagli obblighi esistenti, si può essere obbligati a vaccinarsi. L'art. 32 affida alla Repubblica il compito di tutelare la salute, «fondamentale diritto dell'individuo» ma anche «interesse della collettività». La tutela della salute pubblica allarga la prospettiva in una dimensione collettiva ultra-individualistica che giustifica l'esistenza dei trattamenti sanitari obbligatori, sottoposti a riserva di legge condizionata al rispetto della persona umana. Dunque, l'art. 32 Cost. sancisce il diritto del singolo di scegliere se, quando e come curarsi, cioè anche il diritto di non curarsi, quindi pure di rifiutare la vaccinazione. Ma la stessa disposizione prevede che il diritto del singolo – che è anche libertà di cura, come detto - vada temperato con la tutela della salute altrui e delle salutarie condizioni ambientali. In altre parole, la salute è un bene non solo individuale, ma sociale: ciascuno può valutare cos'è meglio per sé, ma non è libero di nuocere alla salute altrui o alla salute pubblica. Cioè la salute non è soltanto un diritto fondamentale dell'individuo, ma implica anche il dovere dell'individuo stesso «di non ledere né mettere in pericolo con il proprio comportamento la salute altrui, secondo il principio per cui il proprio diritto trova limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del diritto degli altri» (Corte costituzionale, sent. n. 218 del 1994). La situazione epidemiologica in atto e la minaccia del virus per la salute sia individuale e che collettiva mostra con chiarezza l'interdipendenza tra le due dimensioni – personale e generale - del "bene salute". La legittimità di un obbligo vaccinale è stata ribadita anche dal Consiglio di Stato: «la Costituzione non riconosce un'incondizionata e assoluta libertà di non curarsi o di non essere sottoposti a trattamenti sanitari obbligatori (anche in relazione a terapie preventive quali sono i vaccini), per la semplice ragione che, soprattutto nelle patologie ad alta diffusività, una cura sbagliata o la decisione individuale di non curarsi può danneggiare la salute di molti altri esseri umani e, in particolare, la salute dei più deboli» (parere n. 2065/2017). Perciò la Costituzione prevede che, con certe garanzie e limiti precisi, possa essere prescritto un determinato trattamento sanitario. Difatti, per trattamento sanitario si comprendono non solo quelli curativi e riabilitativi, ma anche

2 Per la prima, art. 1, l. 5 marzo 1963, n. 292; l. 20 marzo 1968 n. 419, DM 16 settembre 1975, DPR 7 settembre 1965, DM 22 marzo 1975. Per la seconda, legge 1088/70.

3 art. 279 TUSL.

quelli di prevenzione, come la vaccinazione.⁴

La prima garanzia è l'utilizzo di una legge dello Stato. La normativa in materia di obblighi vaccinali riguarda una serie di materie, tutte riservate esclusivamente allo Stato: principi fondamentali sulla tutela della salute; livelli essenziali delle prestazioni; profilassi internazionale (corte cost. 186/2019). In particolare, la profilassi per la prevenzione delle malattie infettive è una attribuzione esclusiva dello Stato (art.117, comma 2, lett. q, Cost.), perché è riservato a quest'ultimo «il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili» (Corte cost., sent. n. 5 del 2018). Una epidemia richiede che siano adottate misure omogenee sul territorio nazionale. Dunque, non basta una legge regionale per imporre una vaccinazione. Lo ha di recente ribadito il Tar Lazio (III- quater, 2 ottobre 2020, sent. n. 10047), annullando l'ordinanza regionale che sanciva l'obbligo del vaccino antinfluenzale per una serie di soggetti, in funzione della loro fragilità o dell'attività svolta (persone con età superiore a 65 anni e tutto il personale sanitario e sociosanitario operante in ambito regionale). Per il giudice amministrativo «l'ordinamento costituzionale non tollera interventi regionali di questo genere, diretti nella sostanza ad alterare taluni difficili equilibri raggiunti dagli organi del potere centrale».

Quanto ai limiti, la Consulta ritiene che la legge impositiva di un trattamento sanitario non sia incompatibile con l'art. 32 Cost., se esso – come accennato - «è 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»; se non comporta conseguenze negative per la salute di chi vi è obbligato, «salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili»; se nell'ipotesi di danno ulteriore è prevista comunque «una equa indennità» (sent. n. 5/2018, ma prima v. anche sent. n. 307/1990).

Condizione essenziale e implicita affinché un trattamento sanitario possa essere imposto *ex lege* è quindi la ragionevolezza dell'obbligo e la sua proporzionalità alla gravità del pericolo riguardo al quale l'obbligo viene deciso.

Più schematicamente, esistono quattro condizioni *sostanziali* perché l'imposizione di un trattamento sanitario possa dirsi legittima:

- 1) la tutela della salute di tutti e quella individuale devono andare nella stessa direzione e siano compresenti,⁵ dal momento che il diritto individuale (a non curarsi) non è limitato da un dovere individuale (di curarsi), ma da un diritto degli altri di restare (essere) in salute,⁶ né tantomeno è preceduto dall'interesse collettivo alla salute, ma anzi lo precede.⁷ È anzi questa doppia tutela, che va fondata "su obiettive e riconosciute esigenze di profilassi", che rende compatibile con l'art. 32 Cost. un obbligo di trattamento sanitario, in quanto "diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche quello degli altri, giacché è proprio tale

4 S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, p. 875 ss.; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, p. 303 ss..

5 Corte cost. n. 307/1990, 118/1996, 307/1990, 258/1994. D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 2469.

6 M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, n. 4/1980, pp. 769 ss..

7 Corte cost. n. 184/1986.

ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione dell'autodeterminazione del singolo'. (sentenza n. 5/2018, ma fin da n. 107 del 2012, n. 226 del 2000, n. 118 del 1996, n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990).

- 2) Dal rifiuto del trattamento individuale può derivare un pericolo diretto e "qualificato" per potenzialità lesiva e genericamente rivolto a un insieme indistinto di soggetti, per evitare il quale sia necessario ricorrere all'eccezionalità dell'obbligo di trattamento, derogando alla regola della libertà di cura.⁸
- 3) Non devono esserci rimedi alternativi. In questo senso, il pericolo per la collettività non deve essere volontariamente assunto, dal momento che in questo caso i rimedi alternativi vi sarebbero. Oltre a tale verifica, una volta accertata la necessità che le persone si sottopongano a un trattamento sanitario, l'obbligo può dirsi legittimo solo se non esistano altri strumenti per assicurarsi che vi si sottopongano. In sostanza, non solo quello specifico trattamento è l'unico modo per evitare un pericolo concreto e rilevante per la salute pubblica, ma obbligare le persone a sottoporvisi è l'unico modo per convincerle a farlo. Lo chiarisce ancora la Consulta (sent. n. 268 del 2017): «la tecnica dell'obbligatorietà (prescritta per legge o per ordinanza di un'autorità sanitaria, come si esprime la disposizione censurata) e quella della raccomandazione (nelle forme di cui si darà esplicito conto più avanti) possono essere sia il frutto di concezioni parzialmente diverse del rapporto tra individuo e autorità sanitarie pubbliche, sia il risultato di diverse condizioni sanitarie della popolazione di riferimento, opportunamente accertate dalle autorità preposte. Nel primo caso, la libera determinazione individuale viene diminuita attraverso la previsione di un obbligo, assistito da una sanzione. Nel secondo caso, anziché all'obbligo, le autorità sanitarie preferiscono fare appello all'adesione degli individui a un programma di politica sanitaria. La tecnica della raccomandazione esprime maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale (o, nel caso di minori, alla responsabilità dei genitori) e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell'art. 32 Cost., ma è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo. Afferma la Corte Costituzionale (sent. n. 5/2018) che in considerazione della necessità di bilanciare i molteplici «valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni» - dalla salute pubblica alla libertà personale alla solidarietà sociale - il legislatore può valutare discrezionalmente le «modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive», selezionando «talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo», come avviene per le vaccinazioni dei bambini. La valutazione della tecnica da adottare si deve basare sulla scienza, tenendo conto delle «diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte» nonché delle «acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica». La scelta tra obbligo e raccomandazione va effettuata sulla base di precisi presupposti scientifici, in vista della copertura immunitaria della popolazione, ma tenendo conto anche dei potenziali fattori di rischio, sulla base dei dati scientifici ed esperienziali a disposizione.
- 4) Il trattamento deve essere comunque rispettoso della persona umana, condizione che esclude - oltre che un peggioramento della condizione del soggetto passivo del

8 A.A. Negroni, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista AIC*, 4, 2017.

trattamento - anche finalità eugenetiche o di sperimentazione che possano essere contrarie al rispetto della persona in quanto tale, sfruttandola come strumento di ricerca scientifica o di perseguimento di interessi estranei alla sua persona. Oltre al divieto trattamenti che non siano finalizzati alla tutela della salute collettiva e insieme individuale del soggetto passivo, la clausola può aiutare anche a identificare le modalità di svolgimento del trattamento, rispettose ad esempio della riservatezza, del pudore, della corretta informazione (su cui si tornerà).

Calando queste condizioni al caso del Covid, posto il soddisfacimento indiscusso della prima e della seconda, merita soffermarsi sulle altre.

Quanto alla sicurezza del trattamento a fronte dei benefici che ne derivano per la salute individuale e collettiva, occorre ricordare che, pur comprendendo che il vaccino è una soluzione di recente immissione in commercio e che quindi possa, a prima vista, dubitarsi di avere sufficienti dati di esperienza per valutarne gli effetti anche avversi, soluzioni farmacologiche entrano in commercio solo se presentano un adeguato grado di sicurezza terapeutica. In altri termini, è nella stessa autorizzazione al commercio che si motiva la sicurezza del vaccino, al pari di quanto accade per ogni altro medicinale, che viene distribuito e commercializzato dopo le fasi di sperimentazione e che, quindi, necessariamente per i primi tempi di utilizzo ha lo stesso grado e tipo di incertezza che ha il vaccino in questione.

Al riguardo, come si legge sul sito *web* dall'Istituto Superiore di Sanità, gli studi sui vaccini contro Covid-19 "sono iniziati nella primavera 2020 e in meno di un anno (a dicembre 2020) l'EMA ha raccomandato di concedere un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata a un primo vaccino a RNA messaggero: mRNA (Comirnaty, della ditta BioNTech/Pfizer). E subito dopo, il 6 gennaio 2021, ne ha concessa una seconda per il vaccino prodotto da Moderna. Il processo di sviluppo ha subito un'accelerazione senza precedenti a livello globale. Eppure nessuna tappa del processo è venuta meno". In particolare, alla velocizzazione hanno concorso diversi fattori, quali "studi sui coronavirus umani correlati al SARS-CoV-2 (...), ingenti risorse umane ed economiche messe a disposizione in tempi stretti, conduzione parallela delle varie fasi di valutazione e di studio, produzione del vaccino parallelamente agli studi e al processo di autorizzazione, ottimizzazione della parte burocratica/amministrativa, valutazione da parte delle agenzie regolatorie dei risultati ottenuti, man mano che questi venivano prodotti (rolling review) e non, come generalmente si usa fare, solo dopo il completamento di tutti gli studi". Le procedure necessarie per la valutazione dei vaccini contro la Covid-19 sono state condotte "in base agli stessi standard (norme, procedure e protocolli) utilizzati per autorizzare qualsiasi altro farmaco o vaccino", ma "effettuate in tempi e con modalità molto più agili del normale: l'EMA offre alle aziende orientamento e supporto per presentare la domanda di approvazione, e si avvale di procedure rapide di analisi, valutando i dati che via via si rendono disponibili. Nelle situazioni di emergenza, questa procedura, garantisce una valutazione il più veloce possibile e, al contempo, completa e approfondita di tutti i requisiti necessari in termini di sicurezza, efficacia e qualità del vaccino". Dunque, l'autorizzazione condizionata all'immissione in commercio, qual è quella data per il vaccino anti-Covid, da un lato, "soddisfa i rigorosi standard UE su sicurezza, efficacia e qualità", dall'altro lato, rappresenta lo strumento cui si ricorre quando "il beneficio della disponibilità immediata di un farmaco supera chiaramente il rischio legato al fatto che non tutti i dati sono ancora disponibili. L'autorizzazione condizionata si basa infatti su dati meno completi rispetto a quelli richiesti per una 'normale' procedura di approvazione e immissione in commercio. Tuttavia, una volta concessa, le aziende sono obbligate a fornire entro determinate scadenze ulteriori dati per confermare che i benefici

continuano a superare nettamente gli eventuali rischi". In conclusione, un'autorizzazione condizionata rappresenta "a tutti gli effetti un'autorizzazione formale".

Appurato, dunque, che non vi sono dubbi sulla sicurezza del vaccino, appare comunque ancora arduo arrivare a comprimere la dimensione individuale del diritto alla salute, per mancanza di proporzionalità rispetto al vantaggio in termini di salute pubblica. Infatti, restano da sciogliere alcuni dubbi – tra gli altri - circa la trasmissibilità del contagio a terzi o la necessità di somministrarlo anche a soggetti che già hanno contratto il virus.

Quanto al modo per convincere le persone a vaccinarsi, le questioni di cui tenere conto sono due. Da un lato, stanti le difficoltà appena considerate di spiegare in maniera sufficientemente convincente che il vaccino è già sicuro, al pari di quanto non lo sia qualsiasi elaborato farmaceutico in commercio, imporne la somministrazione potrebbe avere un effetto opposto a quello auspicato: potrebbe cioè far immaginare che vi sia un motivo per rendere obbligatorio un trattamento che altrimenti le persone si vedrebbero bene dal ricorrervi.

D'altro lato, per poter pretendere un comportamento bisogna verificare che esso sia esigibile. Le complessità logistiche di fornitura e distribuzione del vaccino, che restano in buona parte oscure all'opinione pubblica stante l'indeterminatezza del piano italiano di vaccinazione, rischiano il paradosso di avere un obbligo non esigibile, paradosso incauto dal punto di vista giuridico e anche dal punto di vista politico.

In sintesi, devono essere vagliati la difficoltà non solo di reperire mezzi e risorse per assicurare il vaccino a tutti, come detto, ma di somministrarlo forzatamente con irrogazione delle relative sanzioni; nonché il rischio di alimentare sospetti, conflittualità e atteggiamenti anti-vaccinali. Peraltro, anche ove si scelga la via della raccomandazione, va tenuto presente che una massiccia campagna persuasiva, la quale facesse leva sulla responsabilità individuale, potrebbe anch'essa tradursi in un boomerang per il governo, se quest'ultimo non fosse in condizione di soddisfare le richieste di tutti quelli che si siano persuasi a farsi vaccinare.

A queste condizioni sostanziali, se ne aggiungono tre *procedurali*:

- 1) la già richiamata riserva relativa di legge prevista espressamente dall'art. 32 Cost., da intendersi come riserva di legge statale vale anche - come già detto - con riferimento alle norme di dettaglio. Difatti, "in materia di obblighi di vaccinazioni, le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale, incluse quelle che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pongono in rapporto di coesistenzialità e necessaria integrazione con i principi di settore" (sent. 5/2018). A rafforzare la riserva statale sta anche il più generale impegno a garantire il diritto di accesso alle cure in condizioni di eguaglianza in tutto il Paese: questo deve valere, se a quella garanzia si vuol credere, "non solo per le scelte dirette a limitare o vietare determinate terapie o trattamenti sanitari, ma anche per l'imposizione di altre. Anzi "a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato [...] il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medicoscientifiche disponibili", fermo restando lo spazio di competenza regionale per l'organizzazione del servizio sanitario relativo (sent. n. 5/2018).
- 2) Il rispetto delle procedure volte alla manifestazione del consenso informato. Il consenso informato ha una "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 [...]"

informazioni che devono essere le più esaurienti possibili” e che quindi richiedono una procedura di manifestazione del consenso libero, scritto, consapevole, attuale e manifesto (sent. n. 438/2008). Ciò si ritiene debba applicarsi anche e a maggior ragione laddove il trattamento non sia proposto, ma obbligato.

3) L'esistenza di un ristoro economico per danni derivanti dal trattamento.

Quest'ultima condizione riguarda non solo i trattamenti obbligatori, ma anche, come chiarito più volte dalla Corte a partire dalla sent. n. 27/1998, quelli incoraggiati dalle autorità sanitarie, che devono essere corredati dalla previsione di uno specifico e equo indennizzo per danni, fermo restando il diritto al risarcimento del danno, dove vi siano i presupposti. Anzi, la previsione di un indennizzo come forma di protezione è espressione proprio del bilanciamento delle due dimensioni del valore della salute, individuale e collettiva, come riconosciuto già dalla Corte costituzionale nel 1990 (sent. n. 307/1990). Fu questa pronuncia a istituire un diritto autonomo in forma di indennizzo, che venne dapprima recepito dalla legge n. 210/1992 e poi n. 238/1997, dando vita a una copiosa giurisprudenza che ha sempre ribadito il riconoscimento di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento nel caso in cui le conseguenze sulla sua salute vadano oltre il limite tollerabile.⁹ L'indennizzo è un modo (in via equitativa, quindi non pienamente soddisfacente) di risolvere la “scelta tragica” del rischio di un male in vista di un bene, laddove la scienza - come peraltro già ha fatto nel caso del Covid 19 - non abbia trovato altre soluzioni.¹⁰

100 sfumature di obbligo

Obbligare al vaccino, dunque, non solo si può, ma talora si deve: in termini più precisi, non solo è legittimo, alle condizioni sopra viste, ma può diventare la scelta più opportuna, a seconda delle condizioni socio-sanitarie. Proprio queste ultime debbono tornare a essere considerate per meglio rendere eventualmente aderente l'obbligo con il “sentire comune”. Come si è detto, imporre un obbligo di vaccinazione dipende in prima battuta da considerazioni ed evidenze medico-scientifiche, ma in seconda battuta anche da valutazioni politiche, che riguardano la prevedibilità dello strumento dell'obbligo rispetto ad altri strumenti di *compliance*. Da questo punto di vista, le conseguenze dell'obbligo vaccinale possono rappresentare una modalità utile per degradare la percezione dell'imposizione.

In primo luogo, bisogna fare chiarezza su un punto importante che spesso emerge dal dibattito sull'obbligo vaccinale: i diritti fondamentali sono indisponibili e inviolabili. Pertanto, a fronte di una violazione dell'obbligo non può darsi una sanzione consistente nell'annullamento degli altri diritti inviolabili. Più chiaramente, non può darsi l'ipotesi che un soggetto che abbia rifiutato la vaccinazione non possa avere diritto alle cure o all'istruzione. Conforata in parte, per analogia, il precedente della persistenza del diritto all'accesso alle strutture scolastiche anche per i giovani non vaccinati. Le attuali vaccinazioni obbligatorie generali, che riguardano la popolazione in età scolastica, comportano l'impossibilità di frequenza solo per asili nido e scuole dell'infanzia. Per le scuole dell'obbligo, la sanzione per omessa vaccinazione è pecuniaria a carico dei genitori (o di coloro che esercitano la potestà sui minori). Ciò dipende dal fatto che andare a scuola non è solo un diritto, ma anche un obbligo, e per analogia si ritiene che la sospensione integrale di un diritto fondamentale - come quello dell'accesso alle cure - non possa costituire la sanzione per mancata vaccinazione. I

⁹ Per una sintetica ma esaustiva ricostruzione, A. Simoncini, E. Longo, “Art. 32”, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006.

¹⁰ sent. 118/1996.

diritti fondamentali e gli obblighi di solidarietà non hanno un rapporto commutativo: i primi sono riconosciuti come preesistenti all'organizzazione statale, sottraendosi alla sua disponibilità anche laddove dovesse essere invocata per ragioni pubbliche.

Ciò non toglie, tuttavia, che l'obbligo vaccinale, per essere tale, debba essere corredato di una serie di conseguenze - sanzioni - in caso di violazione.

La prima, più pacifica, è quella pecuniaria: il pagamento di una somma a titolo "ripristinativo" di una rottura dell'ordine legale è per definizione un rimedio equitativo. Non sana in forma diretta e specifica la situazione compromessa, ma corrisponde a una forma di riparazione con un effetto non solo equivalente, ma anche deterrente. Un eventuale obbligo quindi può accompagnarsi in primo luogo a generiche forme di sanzione pecuniaria e, in secondo luogo, a specifiche conseguenze di cui si dirà meglio nel prosieguo.

Prima di passare a questo punto, si vuole comunque menzionare l'ipotesi di ribaltare l'effetto *persuasivo* dal comando giuridico (obbligo vaccinale) all'incentivo economico (effetto fiscale).

Considerata, infatti, la propensione delle persone ad aderire alla "sollecitazione" rappresentata da bonus, detrazioni e similari, è stata avanzata l'ipotesi di "pagare" in qualche modo chi si vaccina, per raggiungere l'immunità di gregge e sconfiggere il virus.¹¹ La soluzione, per quanto attrattiva in termini di efficienza e probabilmente anche di economicità, presenta una serie di profili problematici.

Vi sono infatti due considerazioni che vanno tenute presenti: la prima, di ordine giuridico-costituzionale, riguarda il fatto che l'obbligo di vaccinazione corrisponde a un dovere costituzionale di solidarietà. Inserire un criterio mutualistico-commutativo vuol dire scardinare un principio che regge la coesione dei doveri inderogabili e dei diritti fondamentali. Chiaramente, l'incentivo economico sarebbe molto più efficiente dell'ossequio a doveri costituzionali che nella maggior parte dei casi non sono intimamente percepiti. Ma ridurre l'obbligo a un beneficio economico, oltre a non essere pienamente aderente all'idea di dovere verso la comunità che finora è stata portata a giustificazione anche dell'obbligo vaccinale, potrebbe creare un precedente politicamente difficile da gestire. Ad esempio, potrebbe esacerbare la sfiducia di molti nelle istituzioni scientifico-sanitarie, insinuando il dubbio che la vaccinazione sia non un vantaggio per sé e gli altri, ma un complottistico modo di acquistare la compiacenza degli scettici.

Obbligo di vaccino anti-Covid nei luoghi di lavoro?

Il dibattito sull'obbligatorietà oggi è meramente teorico – come detto – dato che il vaccino non è disponibile a chiunque ne necessiti o lo voglia: imporlo sarebbe controproducente dal punto di vista politico e inesigibile dal punto di vista giuridico.

Tuttavia, considerando il grado di dinamicità e evoluzione nella produzione e nell'approvvigionamento dei vaccini, non sembra inutile porsi fin d'ora la questione di quali conseguenze poter imporre a fronte della mancata vaccinazione.

Per essere concreti, ci si chiede se si possa imporre l'obbligo di vaccino ad alcune categorie, ad esempio il personale sanitario, dato che i pazienti sono per definizione in una condizione di fragilità per la quale si sempre possono adottare le indispensabili misure di protezione

11 R.E. Litan, "Want herd immunity? Pay people to take the vaccine", 18 agosto 2020; L. Capone, Perché è il caso di pensare a un "bonus vaccinazione", Il Foglio, 10 dicembre 2020.

e coloro i quali devono prendersene cura non possono essere veicolo di contagio. E ci si chiede altresì se analogo obbligo possa essere previsto per altre categorie di dipendenti che, oltre a lavorare in sicurezza, devono adottare presidi di protezione idonei a tutelare la salute altrui.

Più in generale, vale la pena chiedersi se il datore di lavoro possa pretendere la vaccinazione del lavoratore. Si è spiegato che, ai sensi dell'art. 32 della Costituzione, per imporre un trattamento sanitario, inclusa la vaccinazione, serve una legge. La generica norma del Codice civile (art. 2087), che esige l'adozione di tutte le misure consigliate dalla scienza e dall'esperienza per assicurare la salute e il benessere dei lavoratori, non sembra sufficiente per affermare che il datore di lavoro possa pretendere la vaccinazione anti-Covid. E il rischio di contenzioso, qualora lo facesse, sarebbe molto alto. Gli obblighi di sicurezza imposti al datore di lavoro per tutelare l'integrità fisica del personale dipendente sono quelli derivanti dalla "esperienza e la tecnica" (art. 2087 citato) del momento in cui sorge un dato pericolo. Ma, con riguardo a questi presupposti, può affermarsi che poco o nulla ancora si sa circa l'efficacia del vaccino anti-Covid, la durata dell'immunizzazione e la effettiva somministrabilità ad ogni individuo. O viene confermata con legge l'obbligatorietà del vaccino oppure i margini di incertezza circa tutte le conseguenze che possono derivare dalla sua erogazione, e anche dalla mancata erogazione, restano enormi. Per non parlare dell'ipotesi in cui il rifiuto non fosse ingiustificato - quindi, connotato da disvalore anche per il pericolo indotto alla collettività aziendale - ma fondato sulla non tollerabilità personale per allergie o altre patologie.

Peraltro, la legge di conversione del cosiddetto decreto Liquidità (l. n. 40/2020, art. 29-bis) ha precisato che la responsabilità del datore di lavoro per contagio da Covid-19 è ipotizzabile solo se egli violi protocolli e linee guida governativi e regionali, escludendo così siano necessarie ulteriori misure teoricamente rientranti sotto l'ampio cappello della norma del Codice. In altri termini, le incertezze sul virus sono tali che il legislatore ha reputato che la "esperienza e la tecnica" di cui al più volte citato art. 2087 c.c. fossero sostanziate dal contenuto delle regole predisposte da Governo e Regioni. Tale disposizione non rappresenta uno "scudo penale", ma si limita a escludere che il datore di lavoro debba ricorrere a misure innominate, ai sensi dell'art. 2087, per tutelare il lavoratore dal virus e non incorrere in responsabilità. Quindi, pure al vaccino anti-Covid. Si dubita, tuttavia, che per imporre il vaccino basterebbe modificare il Protocollo Governo - Parti Sociali del 24 aprile 2020, la "fonte" principale degli obblighi dei datori di lavoro nel contrasto alla Covid-19, nelle attività economiche e produttive. Ciò, infatti, "potrebbe collidere con una riserva di legge che molti interpreti considerano assoluta e quindi idonea a riservare esclusivamente alla legge il compito di disciplinare una materia (...). Peraltro, anche laddove l'interprete argomenti per ritenere che la riserva di cui all'art. 32, comma 2 Cost. possa essere ritenuta relativa, il meccanismo ipotizzato non rispetterebbe il principio della ripartizione di competenze per cui l'atto normativo dovrebbe fissare i principi e la fonte secondaria dovrebbe, invece, dettare disposizioni attuative e integrative (a ciò, si aggiunga che nel caso di specie la normativa secondaria sarebbe incarnata da un atto prodotto da un ordinamento diverso e concorrente con quello dello Stato, cioè l'ordinamento intersindacale)".¹²

Sin d'ora, tuttavia, al di là di una specifica norma che imponga l'obbligo di vaccinazione anti-Covid per alcune categorie, c'è un'ipotesi in cui il datore di lavoro sarebbe legittimato

12 "Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente", Giovanni Pigliarini, Giada Beninca, WP Salus n. 1/2021.

a richiedere la vaccinazione, perché c'è una base giuridica sufficientemente ampia. Il TUSL – come accennato – contiene disposizioni dedicate ad attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici. Non qualunque attività, ma solo quelle nelle quali si rilevano condizioni di pericolosità immediatamente riconducibili ad agenti presenti in quei determinati ambienti e connessi all'attività che ivi si svolge. Qualora, a seguito della valutazione dei rischi, si riscontri tale esposizione, «il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari». Fra queste, «la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente» il quale, tra le altre cose, deve dare adeguata informazione dei «vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione» (art. 279). Dunque, serve una specifica esposizione al virus perché il datore di lavoro possa richiedere una vaccinazione. Insomma, non basta un rischio biologico generico di natura esogena e, pertanto, non ricompreso tra quelli propri dell'ambiente di lavoro. Se, nonostante la richiesta del datore di lavoro basata sulla specifica esposizione al rischio - o la previsione in via normativa - il lavoratore non volesse vaccinarsi e il mancato trattamento sanitario determinasse un'inidoneità alla mansione specifica, nonché l'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni, potrebbero esservi conseguenze più gravi. In relazione all'agente biologico SARSCoV-2 - classificato come agente patogeno per l'uomo del gruppo appartenente a una categoria di rischio molto rilevante - la normativa citata troverebbe specifica applicazione nel settore sanitario. Oltre al personale addetto a reparti Covid, si potrebbe pensare a chi lavora in reparti ove è più probabile siano accolti pazienti infetti - come terapia intensiva, malattie infettive o pneumologia – o in laboratori di analisi dei test per diagnosticare il SARSCoV-2.

Con specifico riguardo al personale sanitario, potrebbe arriversi alla somministrazione del vaccino anche sulla base del rapporto privatistico con il datore di lavoro. Quest'ultimo potrebbe chiedere la vaccinazione come condizione alla quale subordinare lo svolgimento di determinate mansioni e considerare come inadempimento contrattuale la mancata osservanza della sua direttiva. Questa strada potrebbe essere percorsa dal datore di lavoro non tanto a tutela della salute del lavoratore, quanto al fine del più corretto svolgimento dell'attività lavorativa nei confronti dell'utenza, in via cautelativa, data la momentanea assenza di certezza circa la trasmissibilità del virus nonostante la vaccinazione. Infatti, può reputarsi che la tutela della salute dei pazienti connoti la prestazione lavorativa di medici e infermieri e, quindi, impronti il loro rapporto contrattuale. La struttura sanitaria nella quale essi svolgono l'attività professionale è tenuta a garantire non solo effettuazione di cure mediche e chirurgiche, ma anche sicurezza e salubrità dell'ambiente, a fini di protezione dei pazienti. Nel caso in cui uno di questi ultimi contraesse il virus, la struttura potrebbe dover rispondere per non aver assicurato l'organizzazione e l'efficienza necessaria. Per tale motivo - cioè per garantire condizioni di sicurezza, nonché per difendersi da eventuali istanze risarcitorie avanzate da pazienti che si siano infettati – la struttura potrebbe richiedere al personale sanitario di vaccinarsi. Tale richiesta sarebbe, peraltro, corroborata da quanto previsto dai codici di deontologia delle professioni sanitarie: il medico opera al fine di garantire le più idonee condizioni di sicurezza del paziente, così come l'infermiere promuove le migliori condizioni di sicurezza della persona assistita. Tuttavia, un generalizzato obbligo di vaccinazione per il personale sanitario non potrebbe farsi automaticamente discendere dai codici di deontologia, che pure prevedono sanzioni che arrivano fino alla radiazione dall'albo: questo sarebbe un modo surrettizio per un'imposizione che può essere sancita solo per legge, come visto. Qualora l'operatore sanitario non si conformasse alla direttiva del datore di lavoro, le conseguenze potrebbero essere le medesime configurate nell'ipotesi

precedente. Questa strada non escluderebbe la possibilità di contestazioni e contenzioso da parte del lavoratore che comunque non volesse ottemperare alla richiesta del datore di lavoro. Anche per questo motivo, pure nel settore sanitario, sarebbe preferibile un intervento chiaro del legislatore.

Le considerazioni qui espone sull'obbligo di vaccinazione per i lavoratori non possono prescindere, comunque, da una revisione delle modalità di somministrazione del vaccino. Senza addentrarci nei dettagli, si fa infatti presente che per rendere obbligatorio il vaccino nei luoghi di lavoro sembra necessario consentirne la somministrazione ai medici, poiché il TUSL prevede che esso possa essere somministrato anche dal medico competente. Questo presuppone, come detto, un ripensamento delle attuali modalità di distribuzione esclusiva del sistema sanitario pubblico, che in effetti - all'aumentare delle dosi disponibili - non si vede perché non debba aprirsi ad altri canali di somministrazione (medici curanti, infermieri di libera professione presso farmacie, etc.).

Spostando ancora più in là le lancette del tempo e immaginando un futuro a breve con una disponibilità assai superiore di vaccini, la questione dell'obbligo nei luoghi di lavoro potrebbe diventare la testa d'ariete per una distribuzione e somministrazione parallela a quella del servizio sanitario nazionale, che possa accelerare l'impegno a una vaccinazione di massa.

Ad oggi, infatti, l'acquisto, la distribuzione e la somministrazione sono esclusivi del sistema sanitario pubblico. Considerati i ritmi di produzione e il numero di sperimentazioni, sopra citate, in corso, vi è ragione per essere ottimisti circa una prossima maggiore offerta di vaccini. A quel punto, l'obbligo di vaccinazione nei luoghi di lavoro potrebbe configurarsi come diritto di vaccinarsi attraverso un canale distributivo alternativo e parallelo a quello pubblico, che resterebbe naturalmente a presidio e garanzia dei livelli essenziali di assistenza, sollevato tuttavia dall'onere di dover fornire la vaccinazione a chi sceglie di ottenerla sul mercato.

Il patentino vaccinale

Un riflesso dell'obbligo vaccinale potrebbe essere la limitazione ad alcuni spazi pubblici o aperti al pubblico per chi non è vaccinato. Non si tratterebbe, in questo caso, di sospendere diritti fondamentali, ma di condizionare la fruizione di spazi e momenti di vita sociale, limitando la sfera giuridica dei non vaccinati, senza compromettere i loro diritti fondamentali.

Si tratta di una prospettiva a metà strada tra il comando e l'incentivo che non pregiudica il nucleo essenziale dei diritti ma incentiva alla vaccinazione, tramite la sanzione dell'impossibilità di accedere a esercizi o servizi pubblici oppure ad ambienti lavorativi, sportivi, ludici etc.. Il divieto di accesso, da un lato, sarebbe funzionale a garantire la salubrità dei luoghi interessati, in termini di tutela dal rischio di contagio; dall'altro lato, operando come una sorta di sanzione per il rifiuto di vaccinazione, incentiverebbe a farla. Qualora si optasse per la scelta del "patentino", con limitazioni di diritti connessi alla prestazione vaccinale, sarebbe necessario il rispetto dei medesimi paletti previsti dalla Costituzione e precisati dalla Consulta. Il vaglio di proporzionalità fra gli interessi coinvolti, operato dal legislatore, dovrebbe essere effettuato tenendo conto "dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili" - come sopra esposto - e arrivando a comprovare che, nella ponderazione di diritti, quello alla salute sia prevalente rispetto a quello alla fruizione di certe attività e servizi.

Al momento, tuttavia, questo non sarebbe agevole: come chiarito anche dall'Agenzia italiana per il farmaco, non si sa in maniera definitiva se il vaccino attualmente disponibile impedisca solo la manifestazione della malattia o anche il trasmettersi dell'infezione. In altre

parole, essere vaccinati non conferisce un “certificato di libertà”, cioè un patentino di immunità: occorre continuare ad adottare comportamenti corretti e misure di contenimento del rischio di contagio, anche dopo la somministrazione. Dunque, nel quadro di incertezza odierno, è tutt'altro che semplice ed immediato considerare la vaccinazione come presupposto automatico del conferimento di un “lasciapassare” che consenta ad alcuni il libero accesso ad attività e servizi, precludendolo invece ad altri. Peraltro, come detto, si sa poco non solo dell'efficacia vaccinale, ma della durata dell'immunizzazione: quale estensione e data di scadenza potrebbe avere il “patentino”, data l'attuale indeterminatezza?

Va segnalato che in una intervista di qualche settimana fa il presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, si è detta favorevole all'iniziativa del governo greco che consente alle persone vaccinate di viaggiare liberamente e ha accennato a un certificato di vaccinazione reciprocamente riconosciuto in tutti i paesi dell'Unione europea. Von der Leyen l'ha definita una “decisione politica e giuridica che dovrebbe essere discussa a livello europeo”.¹³ Al momento, possono avanzarsi alcuni dubbi circa questa ipotesi. Essa precluderebbe la libera circolazione fra i Paesi dell'Unione in base al presupposto dell'avvenuta vaccinazione, senza tenere conto del fatto che le strategie vaccinali non sono le stesse in tutta la UE. Alcune persone sono state vaccinate prioritariamente rispetto ad altre, con differenze fra i diversi Paesi, alcuni dei quali hanno acquistato dosi maggiori di vaccini e, quindi, possono vaccinare più persone. Alto sarebbe pertanto il rischio di discriminazione per motivi non imputabili alle persone. Peraltro, come detto, fino a quando non vi saranno dati certi circa la non trasmissibilità del virus dopo la vaccinazione, sembra prematuro pensare a un “passaporto vaccinale”.

Al momento, come sopra specificato, l'esercente privato non avrebbe certezza che il vaccinato non possa trasmettere il virus a terzi, dunque non potrebbe offrire alcuna garanzia circa il fatto che il proprio locale o servizio sia “Covid-free”. Ma se il gestore, per precauzione, volesse comunque precludere l'accesso potrebbe farlo? Per valutare la legittimità di questa ipotesi, serve partire dal Regolamento per l'esecuzione del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (TULPS), ai sensi del quale «gli esercenti non possono senza un legittimo motivo, rifiutare le prestazioni del proprio esercizio a chiunque le domandi e ne corrisponda il prezzo» (art. 187), escluso il caso di somministrazione di bevande alcoliche a minori o infermi di mente (art. 689 c.p.) o a persone in stato di manifesta ubriachezza (art. 691 c.p.). Questa disposizione riguarda gli “esercizi pubblici” – come bar, alberghi, ristoranti, pensioni, ecc. – non ad esempio altre attività, quali quelle di intrattenimento e svago (per esempio, le discoteche), equiparabili a luoghi di privata dimora. Dunque, negli “esercizi pubblici” non si potrebbe rifiutare accesso o prestazione senza un motivo legittimo. Le stesse considerazioni potrebbero estendersi alla fruizione di servizi pubblici essenziali. Ma cosa si intende per motivo legittimo? Nella norma non è specificato, né la giurisprudenza o altri testi normativi offrono criteri interpretativi. Quindi, siccome non esiste una tipizzazione, la legittimità dei motivi adottati va verificata caso per caso, tenendo presenti gli interessi primari della pubblica sicurezza, dell'ordine pubblico e dell'igiene. Potrebbe reputarsi che tra questi e, quindi, tra le ragioni che consentono di impedire l'accesso a esercizi e servizi vi sia la mancanza della vaccinazione Covid, in applicazione del principio di precauzione? Le modalità di concreto esercizio della discrezionalità nell'attuazione di misure cautelative, tra le quali quelle preclusive dell'accesso ai non vaccinati, potrebbero non risultare illogiche o irragionevoli, laddove il livello di rischio di trasmissibilità sia elevato e la sicurezza raggiunta circa l'efficacia del vaccino nell'impedirla sia tale da farla rientrare nelle misure “igieniche”

13 “Vaccination certificate a medical, political question”, Lusa, 15 gennaio 2021.

predisposte dall'esercente. Tuttavia, l'incertezza attuale su queste acquisizioni potrebbe dare luogo a un ampio contenzioso per il divieto di accesso ad attività e servizi. Se tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali senza distinzione (art. 3 Cost.), per cui eventuali disparità di trattamento sono ammissibili e consentite solo quando stabilite dal legislatore in modo ragionevole ed obiettivo, a tutela di un interesse superiore, sarebbe bene che fosse il legislatore stesso a dettare regole di accesso differenziato, e non singoli privati.

In sintesi, servirà una legge (con tutte le incertezze sopra rilevate, data ancora la scarsità di conoscenze e evidenze disponibili) anche per definire l'assenza di vaccinazione come titolo legittimo per rifiutare l'erogazione e l'accesso a servizi ai non vaccinati, nonché per definire chi sono i soggetti obbligati al trattamento vaccinale e chi, non potendo esserlo, avrebbe comunque accesso.

L'intervento del legislatore consentirebbe anche di superare un problema ulteriore che vi sarebbe laddove un soggetto privato imponesse il requisito della vaccinazione per accedere al proprio esercizio: il trattamento dei dati particolari dell'avventore, ai sensi del Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (Gdpr). Egli fornirebbe informazioni attinenti alla propria situazione sanitaria e autorizzerebbe il relativo trattamento con un consenso non libero e incondizionato, come richiesto dal Gdpr, ma sottoposto al vincolo posto dall'esercente. Quindi, un tale consenso non rappresenterebbe una base giuridica valida. In altre parole, esso non sarebbe liberamente prestato, in quanto il diniego impedirebbe il godimento di diritti, ma rappresenterebbe la conseguenza di un obbligo surrettizio, configurandosi come requisito per poter frequentare certi esercizi o svolgere determinate attività. Peraltro, se un esercente precludesse l'accesso ai non vaccinati, renderebbe pubblicamente nota a chiunque la situazione sanitaria, cioè un dato sensibile, di chi ammettesse o meno ai propri locali. E questo costituirebbe una violazione del Gdpr. Dunque, finché una norma non stabilisse l'obbligatorietà del vaccino come eventuale requisito per entrare nei pubblici esercizi, costituendo così base giuridica del trattamento di dati particolari, sarebbe difficile reputare che i privati abbiano margini di azione. Il superamento delle questioni di liceità non equivale comunque, è bene sottolinearlo, al superamento di riserve di altra natura. Sempre in tema di riservatezza, la base giuridica potrebbe non bastare comunque a superare una ritrosia psicologica individuale e collettiva nei confronti di una esposizione di propri dati sanitari, percepiti da molti come tra i più sensibili.

Conclusioni

Parlare di obbligo vaccinale è senz'altro prematuro: non vi sono le principali condizioni giuridiche, sanitarie e politiche per farlo. Non vi sono ancora dati definitivi sugli effetti sulla trasmissibilità, e quindi sulle ricadute sulla sanità pubblica; non vi è una distribuzione tale che possa rendere esigibile l'obbligo e infine non vi è ancora evidenza del livello di fiducia o sfiducia delle persone sul vaccino.

Tuttavia, poiché la proposta scorre carsicamente, alle autrici è sembrato di una qualche utilità definire le condizioni che la renderebbero non solo giuridicamente valida, ma anche opportuna nei tempi e nei modi. Più chiaramente, quando i dati e le conoscenze scientifici e le quantità disponibili lo consentiranno, sarà fruttuoso ragionare non già di un obbligo vaccinale generale, ma delle modalità per accelerare la vaccinazione di massa, ricorrendo anche a una distribuzione parallela nei termini sopra indicati, dalle farmacie ai luoghi di lavoro. In altri termini, quando le acquisizioni della scienza consentiranno di raggiungere ulteriori certezze, sarà non solo il diritto, ma la volontà delle persone di tornare a lavorare

e, comunque, a vivere un'esistenza "normale", ciò che darà l'impulso al ricorso alla vaccinazione. Al momento non si può che affidare nell'efficienza degli organismi preposti al fine di assicurare che sia predisposto - meglio tardi che mai? - un trasparente piano vaccinale, dettagliato ed esaustivo, fondato su criteri idonei a giustificare le scelte effettuate; che le dosi di vaccino disponibile, attualmente e nei prossimi mesi, siano somministrate con la massima sollecitudine, verificando che ne siano destinatarie le categorie puntualmente indicate nel piano; che si eviti l'allestimento di "scenografie" vaccinali inutilmente costose, procedendo con la massima concentrazione e determinazione a ciò che serve; che si evitino anche polemiche scomposte, come ad esempio sulla riservatezza dei contratti¹⁴ o le dosi disponibili.¹⁵ Soprattutto si auspica che profili variamente connessi alle vaccinazioni non siano resi oggetto di contesa politica, finalizzata a raccogliere consensi elettorali o a mettere le mani davanti alle difficoltà. Se è vero che le scelte attinenti alle vaccinazioni competono ai decisori politici, è bene che il tema non sia svilito nel guazzabuglio usuale. E sarebbe ancora meglio se si potesse sottrarre all'esclusiva dell'arbitrio politico (qualunque esso sia e di qualsiasi grado di razionalità esso goda) la distribuzione dei vaccini, ricorrendo alla più leale delle collaborazioni tra Stato e privati: grazie alla quale il primo arriva dove gli altri da soli non riescono.

14 M. Bresolin, "Vaccini anti Covid e quei contratti segreti dell'UE con le imprese", La Stampa, 20 gennaio 2021.

15 L. Capone, "Arcuri e la causa a Pfizer", il Foglio, 22 gennaio 2021.

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

I Briefing Paper

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito www.brunoleoni.it.