

AUDIZIONE DELLA PROF.SSA MARINA CALAMO SPECCHIA *
COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA

7 dicembre 2021, ore 16,00

* * * * *

DDL 2463

(Conversione d.l. 172/2021 - obblighi vaccinali e rafforzamento certificazioni verdi Covid-19)

1

In linea di continuità con la precedente audizione del 6 ottobre 2021, anche oggi si propongono alcune criticità in merito alla legittimità delle misure adottate con il dl 172/2021, concernente l'estensione dell'obbligo vaccinale e l'adozione del cd. super green pass per fronteggiare la diffusione del contagio.

Esiste, ad avviso di chi scrive, una contraddizione di fondo che verte sulla possibilità o meno, allo stato attuale delle evidenze scientifiche, di imporre legittimamente l'obbligo vaccinale, sebbene in astratto tale possibilità sia contemplata dall'art. 32 della Costituzione.

In altri termini: allo stato attuale delle acquisizioni scientifiche è legittimo introdurre con legge l'obbligo di vaccinazione anticovid generale o selettivo?

Non costituisce un fatto nuovo che lo Stato intervenga per imporre ai cittadini determinati comportamenti in funzione della tutela dell'interesse generale, tentando di conciliare le esigenze dell'individuo con quelle della comunità sociale.

Né l'obbligo vaccinale – previsto dall'art. 32 della Costituzione - può essere letto solo in connessione a emergenze sanitarie: da anni ormai la legge 119 del 2017 prevede 10 vaccinazioni pediatriche obbligatorie come strumento di prevenzione ordinaria nei confronti di altrettanti virus.

C'è dunque qualcosa di anomalo nelle nuove misure anticovid tra le quali figura l'estensione dell'obbligo vaccinale selettivo ad altri comparti lavorativi (scuola e forze dell'ordine, oltre a sanitari)?

Per sciogliere questo interrogativo, occorre verificare quali sono le condizioni che legittimano l'imposizione di un obbligo vaccinale.

Com'è noto l'art. 32 della Costituzione consente l'imposizione con legge di un trattamento sanitario obbligatorio: nella nozione di TSO rientrano diverse fattispecie, tra cui anche l'obbligo vaccinale. Questo dato, tuttavia, non è sufficiente per affermare che la Costituzione riconosca un potere generale di adottare un TSO: la riserva di legge contenuta nell'art. 32 è difatti assoluta e rinforzata proprio a garanzia

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale comparato nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

dell'integrità fisica della persona umana, tant'è che il Costituente ha voluto porre come clausola di chiusura e di salvaguardia il divieto, non negoziabile, di trattamenti che possano violare la dignità umana (si legge in detto comma “*La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*”).

Il diritto alla salute viene così declinato secondo la fisionomia tipica dei diritti fondamentali che riflette la centralità che la Costituzione ha voluto assegnare alla persona umana: il diritto individuale alla salute è perciò dotato di una propria autonomia concettuale collegata al principio personalista che connota l'intera struttura costituzionale e che porta ad escludere che il diritto individuale alla salute possa “recedere” *sic et simpliciter* rispetto alla tutela dell'interesse collettivo alla salute.

Siamo al cospetto di una tipica fattispecie complessa nella quale devono essere armonizzati/bilanciati il diritto di autodeterminazione del singolo, che si traduce anche nella libertà di curarsi e nel diritto a rifiutare le cure, e l'interesse collettivo alla salute: infatti, la copertura dell'art 32 della Costituzione ammette l'imposizione di un sacrificio al singolo, attraverso l'imposizione del trattamento sanitario, soprattutto a condizione che il sacrificio sia, in termini proiettivi (cioè non solo per il presente, quando la valutazione dei costi/benefici si conclude a vantaggio dei secondi grazie alla minore gravità delle malattia eventualmente contraibile, ma anche nel lungo periodo, escludendo effetti avversi gravi ad ampia diffusione che solo un intervallo cronologico ampio può accertare), certamente vantaggioso, in termini di salute, anche per l'individuo sottoposto a trattamento.

Requisito che non può dirsi soddisfatto laddove il farmaco sia ancora non pienamente sperimentato (così la sentenza storica della Corte Cost. 307/90, richiamata anche dalla recente sentenza Corte Cost. 5/2018), considerato che per i vaccini anti Covid la fase della farmacovigilanza sulle conseguenze a medio e lungo termine è ancora in piena fase di svolgimento (terminerà tra il 2022 e il 2023) e che allo stato non esistono studi scientifici in merito agli ipotetici effetti cancerogeni dei vaccini nel medio-lungo termine¹, nel mentre esistono casi acclarati di trombosi venosa, anche con effetti letali.

Tale caratteristica dei vaccini anticovid legata ai tempi contratti di sperimentazione, induce timori in una parte di cittadini (timori indotti anche da una comunicazione istituzionale semplicistica, a tratti assiomatica, non trasparente sui dati scientifici e sulle risultanze del CTS, i cui verbali sono secretati, e spesso contraddittoria), i quali hanno sempre diritto a rifiutare un trattamento sanitario, a meno che esso non rivesta carattere obbligatorio, e il loro rifiuto va protetto con misure proporzionate in grado di tutelare anche (e non solo) l'interesse della collettività e non va caricato di significati moralistici o di effetti punitivi.

In base al principio di precauzione e al patto intergenerazionale, di quale collettività dobbiamo difendere l'interesse alla salute? Della collettività di oggi o della collettività futura (quella che sarà tra 5 o

¹ Così il Prof. M. Bizzarri, Audizione in Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica del 6 ottobre 2021.

10 anni)? Come è stato efficacemente affermato, “*Si tratta di un interrogativo, questo, che, ancora una volta, nasce dalla impossibilità, allo stato attuale, di avere certezze acquisite in ordine agli effetti a medio e lungo termine derivanti dalla somministrazione di questi vaccini*”²: e quindi allo stato, stante l'impossibilità di fondare l'accertamento tecnico-scientifico degli effetti collaterali da vaccino nel medio e lungo termine sull'acquisizione di dati pro futuro e acclarata la funzione non immunizzante del vaccino anti Covid, difettano quei presupposti scientifici in base ai quali la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto legittimo prevedere un obbligo vaccinale e dunque in mancanza degli elementi di ponderabilità del rischio vaccinale in merito alla misura del danno, nella valutazione degli interessi e diritti in gioco va salvaguardato anche il diritto di chi legittimamente rifiuta la vaccinazione in quanto trattamento sanitario irreversibile che incide direttamente sulla disponibilità del proprio corpo, garantita dall'habeas corpus come contenuto essenziale dell'art. 13³.

Quali sono, dunque, le condizioni di legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale indicate dalla giurisprudenza costituzionale?

La configurazione del diritto alla salute come diritto personale di carattere fondamentale viene affermato nella decisione n. 88/1979, nella quale il bene salute “*è tutelato dall'art. 32 Costituzione, non solo come interesse della collettività, ma anche come un diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati*”; la Corte ha poi ribadito nella sentenza n. 184/1986 che “*La lettera del primo comma dell'art. 32 Cost. ... fa precedere il diritto fondamentale della persona umana alla salute all'interesse della collettività alla medesima*”. La via tracciata dalla Corte è quella di orientare il legislatore alla ricerca di un equilibrio tra istanze potenzialmente confliggenti: il diritto all'autodeterminazione personale e gli interessi della comunità, che vanno ponderati nel rispetto dei criteri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità in relazione al principio di solidarietà ex art. 2 Cost.

E proprio con riferimento al rapporto tra diritto individuale alla salute e principio di solidarietà va testata la legittimità dell'obbligo vaccinale selettivo e conseguentemente del green pass rafforzato.

Il *discrimen* è dato dal carattere non pienamente stabile dei dati di lungo periodo, i cui accertamenti tecnici sull'efficacia immunizzante e sugli effetti collaterali sono suscettibili di variare nel tempo e dunque sono sostanzialmente ancora in fase di acquisizione: questa peculiarità rende, in assenza di dati certi (ricordiamo che è in corso la fase 4 della sperimentazione, che è la farmacovigilanza post marketing) molto discutibile un obbligo vaccinale generalizzato e, dunque, che si possa addivenire all'introduzione di un obbligo vaccinale selettivo ossia limitato a determinate categorie di soggetti, trattamenti sanitari obbligatori che, come afferma la Corte costituzionale a partire dalla storica sentenza 282/2002, poi riproposta nelle sentenze nn. 268/2017, 5/2018 e 118/2020, devono «*garantire [...] l'adeguatezza delle scelte*

² A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in RivistaAic n. 3/2021, p. 443.

³ A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris*, cit., pp. 451-452.

terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie» sulla base dell'«obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali». Secondo il giudice costituzionale, il legislatore non può stabilire, affidandosi alla mera discrezionalità politica, quali siano le pratiche terapeutiche ammesse e i loro presupposti: in questo senso è chiara la linea di demarcazione tra il sapere scientifico, che assume in determinate circostanze la valenza di parametro interposto,⁴ e la decisione politica che non appare rigida nella sua esplicitazione. La discrezionalità del legislatore si estende o si contrae anche in rapporto al grado di certezza delle evidenze scientifiche, , alla loro condivisione nell'ambito della comunità scientifica, condivisione che non presuppone la staticità del dato ma la sua stabilità, caratteristica che non esclude che essa possa evolversi nel tempo. Il decisore politico è chiamato, così, a bilanciare in concreto, caso per caso i diversi potenziali rischi che possono derivare dalla condotta imposta (leggi: la somministrazione vaccinale) o dalla condotta vietata (leggi: la limitazione di attività rilevanti per la salute psico-fisica). Senza considerare che la riduzione dello spazio della discrezionalità legislativa, dovuta alla ponderazione del dato scientifico e delle variabili di contesto, comporta analoga riduzione dello spazio di tutela giurisdizionale delle scelte limitative dei diritti fondamentali, sicché rilievo cruciale assume la trasparenza delle modalità di acquisizione e verifica e ponderazione delle risultanze scientifiche nella valutazione del rischio, realizzandosi una sorta di trasposizione della garanzia dei diritti fondamentali in gioco dalla tutela giurisdizionale ai processi decisionali di valutazione del rischio, che non può essere semplicemente superato da una qualche utilità del vaccino per la salute collettiva a discapito del soggetto vaccinato, il cui rischio per la salute individuale deve essere transitorio e ponderato⁵.

D'altra parte, nel caso di obbligo vaccinale selettivo mancherebbe lo specifico nesso tra la tutela individuale della salute e lo svolgimento di determinate professioni rischiose, potendo il sanitario, il docente e il poliziotto contrarre il virus anche al di fuori dell'esercizio della professione. Diverso è il caso delle vaccinazioni connesse all'esigenza di garantire la salute individuale dal rischio professionale (tipico esempio la vaccinazione antiepatite per i medici, o la vaccinazione antitetanica per i metalmeccanici): ma nei casi citati siamo in presenza di vaccinazioni ampiamente sperimentate sia sotto il profilo della protezione individuale sia sotto il profilo degli eventi avversi.

Questo non significa che i vaccini non possano essere raccomandati, anche fortemente, a tutela dell'interesse collettivo alla salute, come ci spiega la sentenza n. 5/2018, ma che le misure anche legislative adottate a tal fine devono muoversi entro il perimetro costituzionale del rispetto del principio di autodeterminazione dei singoli, in attuazione di quel principio di precauzione che non può essere riferito solo all'interesse della collettività: in tal senso va letto il divieto assoluto dell'art. 32, comma 2, per il quale *«la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»*, alla cui interpretazione

⁴ C. Casonato, La scienza come parametro interposto di costituzionalità, Rivista AIC, 2/2016.

⁵ G. Pitruzzella, La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali, <https://www.giustiziainsieme.it>.

concorre quanto più su richiamato dalla Corte costituzionale nel senso che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri» (sent. n. 118/1996).

In questo spazio si muove la discrezionalità del legislatore in materia sanitaria, al quale non è precluso di intervenire, ma secondo la sentenza n. 274/2014 sul trattamento medico con cellule staminali mesenchimali, «decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero prevedere «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovra-nazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici» (sentenza n. 282 del 2002)» o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica.

Né si può invocare il ricorso al principio cautelare di precauzione come panacea per legittimare l'adozione dell'obbligo vaccinale al fine di prevenire eventi negativi per la salute umana: questo principio, che è stato primariamente riconosciuto in sede europea a partire dal 2002 (Com/2000/01) e poi ha trovato riconoscimento anche a livello nazionale con d. lgs. n. 152/2006, c.d. Codice dell'Ambiente (art. 301), come principio generale dell'azione amministrativa, sebbene richieda un apposito procedimento valutativo e istruttorio e il coinvolgimento dei soggetti interessati dal provvedimento, va necessariamente messo in relazione con l'altro principio fondamentale di proporzionalità, cui deve costantemente conformarsi⁶. Si tratta, si badi bene, di principi contenuti in fonti di natura giuridica diversa che conformano l'azione dei pubblici poteri:

- costituzionale, e dunque fonte del diritto sovraordinata sul piano nazionale, il principio di proporzionalità, come estrinsecazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.);

- legislativa, e dunque fonte del diritto subordinata alla Costituzione, cui deve rispetto ex art. 117, comma 1, il principio di precauzione.

Poiché secondo quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale⁷ non è possibile istituire una gerarchia tra le varie figure di diritti fondamentali **neppure in presenza di un regime emergenziale,**

⁶ T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del covid-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, in *Biodiritto*, 24 marzo 2020.

⁷ Il principio di necessario bilanciamento è limpidamente affermato nella sentenza sul caso ILVA (sent. n. 85/2013) che concerne proprio il rapporto tra diritto alla salute, tutela del lavoro e della produzione economica. Afferma la Corte in quella sentenza: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in **rapporto di integrazione reciproca** e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. **La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»** (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe **l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.** Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi... Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». E'

cede anche quel principio di precauzione della *Salus Rei Publicae* che viene posto a base della presunzione assoluta di prevalenza del diritto alla salute sugli altri diritti da perseguire a ogni costo e con ogni mezzo. E questo vale anche per il rapporto tra diritto individuale alla salute e tutela dell'interesse collettivo alla salute, che si traduce nel rapporto dinamico e non statico tra diritti individuali e principio di solidarietà, che richiedono quella **tutela sistemica e non frazionata di cui alla sentenza n. 85/2013**.

Ancora una volta è la Corte costituzionale a indicare la via per la corretta relazione tra i due principi: **è necessario che il principio di precauzione non sia mai prevalente e che i diritti o le libertà non siano compressi, soprattutto nei casi in cui nella valutazione del rischio persista l'incertezza scientifica** (sentenza n. 85/2013). Ne discende che, stante la stretta correlazione tra principio di precauzione e principio di proporzionalità un provvedimento precauzionale sarebbe illegittimo ove violasse il principio di proporzionalità e si traducesse nella violazione di diritti fondamentali e dunque in un pregiudizio degli interessi di quella stessa collettività che si vuole tutelare.

Né è corretto invocare ciò che è stato disposto in altri ordinamenti costituzionali: ammesso pure che altri Paesi abbiano introdotto l'obbligo vaccinale selettivo (come ad es. Francia e Austria), ciò non toglie che la valutazione della compatibilità di simili misure con le disposizioni costituzionali non può essere condotta in astratto, ma avendo cura di considerare i singoli assetti sistemico-costituzionali (principi fondamentali, diritti, libertà) con cui quelle misure si dovranno relazionare. Come insegna, infatti, una corretta applicazione del metodo scientifico della comparazione giuspubblicistica, potrebbe emergere che la medesima misura risulti compatibile con la Costituzione austriaca o con quella francese, ma in contrasto con la Costituzione italiana.

Con riferimento agli obblighi vaccinali selettivi, valgono le medesime considerazioni critiche svolte con riferimento alla possibilità di introdurre l'obbligo generale del vaccino anti Covid:

- 1) in primo luogo, va sottolineato l'insufficienza del fattore "tempo" nell'ambito della sperimentazione e in relazione al conseguimento di evidenze scientifiche stabili in relazione agli affetti avversi e agli effetti di lungo periodo, tali da consentire un'adeguata valutazione del

utile ricordare che in questa sentenza, in presenza di dati certi di tutela della salute (il piano di riconversione industriale dell'ILVA), la Corte ha ritenuto ragionevole la continuità produttiva, bilanciando diritto alla salute collettiva, diritto al lavoro e diritto di iniziativa economica. Questo principio è stato riaffermato con forza e sviluppato dall'allora Presidente della Corte Marta Cartabia nella Relazione annuale della Corte del 2019 presentata il 28 aprile 2020. Afferma la Presidente Cartabia che **"necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela «sistemica e non frazionata» dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dei relativi limiti."** Dunque, anche in regime di pandemia occorre rispettare il principio del bilanciamento dei diritti e delle libertà fondamentali, che implica che nessun diritto possa prevalere sull'altro e che le eventuali limitazioni debbano rispondere al principio di proporzionalità declinato anche nello stato di emergenza secondo i cinque criteri indicati dalla giurisprudenza costituzionale: **necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità**.

rapporto costi-benefici non solo in termini di prevenzione dalla malattia ma anche in relazione all'incidenza degli eventi futuri avversi, presupposto per la scelta di somministrare in via generalizzata i vaccini a tutta la popolazione;

2) il fattore “tempo” ha evidenziato altresì che dopo qualche mese di somministrazione le case farmaceutiche per le due sostanze mRNA Comirnaty di Pfizer/BioNTech e Moderna) hanno dovuto inserire nell'allegato I dell'autorizzazione condizionata due gravi effetti avversi, la miocardite e la pericardite;

3) a fronte di effetti avversi manifestatisi nella prima fase della somministrazione vaccinale, alcuni paesi come L'Islanda, La Danimarca, la Svezia , la Norvegia e la Finlandia hanno sospeso la somministrazione del vaccino Moderna; per le stesse ragioni l'Italia ha sospeso la somministrazione del vaccino Astrazeneca a causa di numerosi casi di trombosi – alcuni di essi fatali - collegati a tali somministrazioni;

4) l'assenza di una farmacovigilanza post-marketing attiva (cd. fase 4) ma solo di quella passiva, cioè non monitorata dai medici e dagli organismi a ciò deputati, ma affidata alle spontanee segnalazioni dei pazienti non contente di ritenere adeguato il livello di sicurezza del vaccino nel medio-lungo periodo;

5) l'incertezza dell'efficacia temporale dei vaccini, prima stimata in circa 9 mesi, poi ridotta a 6 mesi e attualmente aggirabile intorno ai 3 mesi impedisce il formarsi di un protocollo stabile in relazione all'effettiva funzione preventiva del farmaco.

A queste circostanze di fatto che sono ormai di pubblico dominio e non smentite neanche dalle stesse case farmaceutiche, al netto del dubbio sull'attendibilità dei dati utilizzati legittimamente indotto dal recente scandalo Ventavia-Pfizer, si aggiungono alcune circostanze di dritto che inducono a ritenere che allo stato non sia possibile introdurre un obbligo vaccinale generale e che l'obbligo vaccinale selettivo sia affetto da plurimi profili di incostituzionalità.

Sin dalla sentenza n. 258/1994, la Corte costituzionale è ferma nello spiegare che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione in presenza dei seguenti presupposti:

a) *“se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale (cfr. sentenza 1990 n. 307)”*;

b) se vi sia *“la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto tollerabili”*;

c) Se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica – sia prevista comunque la corresponsione di una *“equa indennità”* in favore del danneggiato. E ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria, la quale *“trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cantele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla loro natura.”*

Pertanto, gli accertamenti parziali e provvisori perché in continua evoluzione, ma soprattutto la limitata forbice temporale della sperimentazione (la cui quarta fase, va ribadito, è ancora in corso) assolutamente insufficiente a radicare quella base scientifica che costituisce il necessario presupposto per il corretto esercizio della discrezionalità del legislatore, che in campo sanitario è com'è noto vincolato dai risultati della ricerca medico-scientifica, non sono idonei a garantire – allo stato - la sostenibilità costituzionale dell'obbligo vaccinale tanto dei sanitari, quanto delle ulteriori categorie oggetto dell'estensione di cui al d. 172/2021, costituendo di fatto un'anomalia giuridica.

In particolare l'obbligo vaccinale anticovid selettivo rivela la sua illogicità anche con riferimento ai programmi di vaccinazione delle persone a rischio per esposizione professionale a malattie infettive, i quali programmi di vaccinazione sono raccomandati (www.salute.gov.it/portale/vaccinazioni) e non obbligatori: non si comprende, pertanto, la ragione per cui, in relazione al vaccino anticovid, le medesima categoria di professionisti debba subire un trattamento giuridico differenziato in relazione al medesimo rischio professionale.

A fronte di tali conclusioni, non può non rilevarsi l'assoluta, e a tratti sconcertante, erroneità della sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato, III Sez., n. 7045 del 20 ottobre 2021, che ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'obbligo vaccinale selettivo anticovid, che pur in presenza di dati scientifici espressamente definiti *“non completi”* (punto 26.3), *“parziali e provvisori”* (punto 27.2) contraddittoriamente conclude con l'apodittica affermazione *“nulla toglie al rigore scientifico e all'attendibilità delle sperimentazioni che hanno preceduto l'autorizzazione, pur naturalmente bisognose poi di conferma”* (27.2) – richiamando a questo riguardo come precedente l'autorizzazione provvisoria di 30 farmaci oncologici -, che il vaccino come tutti gli altri farmaci non è esente da rischi compreso quello da *“ignoto irriducibile”* non potendosi attendere un tempo lunghissimo per tutte le possibili sperimentazioni (punti 28 e 30) e che il bilanciamento rischi/benefici è assolutamente accettabile (punto 31) riconoscendo al legislatore la più ampia discrezionalità nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace delle malattie infettive (punto 32.6).

Evidente la contraddittorietà e l'apoditticità di certe affermazioni del Collegio:

1) erroneo e fuorviante il riferimento ai 30 farmaci oncologici, nessuno dei quali era previsto come trattamento sanitario obbligatorio, ma la cui somministrazione era subordinata a un rigoroso consenso informato e al principio di autodeterminazione del paziente (Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018 e n. 242 del 22 novembre 2019);

2) per imporre un farmaco occorre non solo accertare l'efficacia, ma soprattutto la sicurezza: il rapporto AIFA cui si riferisce la sentenza contiene alcuni dati sulle morti in Italia da vaccino anti Covid (608) ignorati dalla sentenza; come pure la sentenza si guarda bene da menzionare il cd. scudo penale generale da danno da inoculazione da vaccino per tutti gli operatori sanitari che hanno fatto partire la campagna vaccinale solo a seguito dell'esenzione totale da responsabilità. Un unicum che non si rinviene in altre profilassi vaccinali.

3) Anche la valutazione dell'irrelevanza del futuro evento avverso, ovvero dell'ignoto irriducibile, sembrano frutto non di un'attenta analisi dei dati disponibili, sebbene provvisori, ma di una valutazione di dati scelti in modo discrezionale e funzionale a sostenere una determinata tesi, omettendo di considerare che proprio la forbice temporale, ossia il lasso di tempo necessario allo svolgimento della fase di farmacovigilanza è direttamente proporzionale al grado di sicurezza del farmaco in esame. E mostrando così di adottare un'interpretazione del principio di precauzione piegata sulla scelta di uno solo dei valori in gioco, ossia l'interesse collettivo alla salute, che così assume i caratteri di un super-valore costituzionale in dispregio di quella stessa giurisprudenza costituzionale che la sentenza assume come fondamento per affermare la legittimità costituzionale dell'obbligo: in particolare si allude al bilanciamento tra libertà individuale e salute collettiva che la Corte costituzionale in tema di TSO ritiene possibile solo quando il vaccino *“non incide negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato”* nel senso di limitare gli effetti collaterali a quelli meramente temporanei e di scarsa entità (Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307; Corte Cost. 23 giugno 1994 n. 258; Corte Cost. 18 gennaio 2018 n. 5) dimostrando così di aderire ad un'applicazione indiscriminata del principio di precauzione, che potrebbe comportare il rischio di veder posti in evidenza solo i singoli risultati scientifici a supporto di una determinata misura, sottovalutando i dati scientifici contrari o controproducenti.

Se ne trae l'impressione che con questa decisione il giudice abbia assolto più a una funzione (politica) di garantire la stabilità governativa e non alla funzione giurisdizionale tipica di garantire la conformità dell'operato politico alla legge e alla Costituzione, in virtù di quell'interpretazione conforme alla Costituzione cui tutti i giudici sono tenuti⁸.

⁸ Per le riflessioni qui riportate si rinvia alla puntuale nota di G. Scarselli, *Nota a Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045*, in *giustiziainsieme.it*

Le riflessioni sulla costituzionalità del super green pass discendono direttamente dai dubbi di costituzionalità dell'obbligo vaccinale.

Inutile sottolineare che il super green pass produce plurimi trattamenti differenziati illegittimi sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte legislative: va ribadito che la differenza di trattamento deve rispondere al criterio della proporzionalità nel senso che il mezzo deve essere adeguato al fine che la norma si propone di conseguire e che tale proporzionalità vada testata “*in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita*” (sent. 163/1993⁹).

Di seguito alcuni indici sintomatici circa la sussistenza di un trattamento differenziato irragionevole rispetto a talune delle misure istituite dal dl 172/2021:

a) Disparità di trattamento tra vaccinati e non vaccinati nell'accesso selettivo ad alcuni servizi e attività. La sola idea di imporre il lockdown ai soli non vaccinati, rei di aver esercitato il diritto all'autodeterminazione corollario della libertà personale, urta contro qualunque logica giuridica. Se il green pass base conservava un minimo di legittimità offrendo l'alternativa tra vaccino e tampone, con tutte le perplessità evidenziate nell'audizione del 6 ottobre 2021, l'aver imposto il super green pass come condizione di accesso per i vaccinati a determinati servizi e attività (locali al chiuso, bar, cinema, teatri, piscine ecc.) determina un vulnus della libertà personale intesa quale dimensione non solo fisica ma anche psichica e viola sia il principio di eguaglianza sotto il profilo dell'irragionevole trattamento differenziato in base a condizioni personali.

b) Disparità di trattamento tra vaccinati e non vaccinati in relazione alla raccomandazione vaccinale. Non essendo obbligatoria la vaccinazione, ad eccezione dell'accesso ai luoghi di lavoro per gli operatori sanitari, il personale della scuola e le FF.OO., ed acclarata la contagiosità dei vaccinati, che possono infettarsi e trasmettere la malattia, ***chi non si vaccina sta semplicemente esercitando un proprio diritto***, e quindi ***non si può imporre trattamento differenziato deteriore in relazione al libero esercizio di un diritto***, che non può portare a penalizzazioni di sorta nei confronti di chi legittimamente lo esercita. Il ***rilievo di non proporzionalità della misura attiene anche alla non equivalenza economica*** delle misure previste dal green pass in alternativa tra loro: alla gratuità del vaccino e della certificazione di

⁹ La Corte costituzionale fissa nella citata sentenza i tre criteri che si impongono nel giudizio di proporzionalità: “*ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare una determinata fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest'ultimo sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono. In breve, il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita*”.

guarigione non corrisponde la gratuità dei tamponi. **Né è sufficiente richiamare che sono stati previsti prezzi calmierati, perché il principio di proporzionalità non si nutre di presunzioni assolute ma richiede la valutazione concreta del rischio di potenziale discriminazione:** è innegabile che l'incidenza degli effetti di tale misura graverà in particolar modo sui ceti a reddito basso e la non gratuità del tampone introduce una seconda (odiosa) disparità di trattamento fondata sulle condizioni economiche dei lavoratori, distinguendo all'interno della categoria dei non vaccinati tra abbienti e non abbienti, introducendo delle vere e proprie disuguaglianze di classe sociale. Ne discende, pertanto, che siamo di fronte in realtà a una molto significativa *induzione al vaccino*, che non viene reso obbligatorio, ma che non è nemmeno semplicemente "raccomandato", divenendo di fatto un condizionamento per l'esercizio di diritti di rango costituzionale e rivelandosi un *obbligo dissimulato*. In altre parole, la raccomandazione vaccinale appare legittima quando, a tutela della minoranza che rifiuta legittimamente il vaccino, concorre con altri strumenti alternativi ed equivalenti in senso sostanziale a porre argini alla diffusione dell'infezione, non bastando la mera previsione formale. Qualora questa condizione di equivalenza non sia rispettata, ne risulta violato non solo il principio di eguaglianza sotto il profilo delle condizioni personali e sociali, ma anche il dovere inderogabile della Repubblica di rimuovere quegli **ostacoli di ordine economico e sociale** che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.).

c) **Obbligo vaccinale anti Covid per determinate categorie professionali.** Com'è noto con il dd.ll. 44/2021 e 172/2021 è stata introdotta la vaccinazione obbligatoria per i sanitari, il personale scolastico e le forze dell'ordine. Al netto di tutte le considerazioni prima esposte sulla sostenibilità costituzionale dell'obbligo vaccinale in relazione allo stato delle evidenze scientifiche in continua evoluzione, la compressione del fondamentale diritto al lavoro, che viene subordinata al requisito della vaccinazione declassandolo da diritto fondamentale a mera aspettativa in presenza di determinati presupposti, è aggravata dalla minaccia della sospensione dal diritto al lavoro e dalla retribuzione, bloccando la corresponsione di ogni emolumento: com'è noto, la sospensione dal lavoro fa scattare automaticamente il diritto all'assegno alimentare che non ha valore retributivo ma assistenziale. Infatti, il dl 44 e il dl 172 parla di sospensione dalla "retribuzione" non dall'assegno alimentare, che ha natura indennitaria e si riferisce al minimo vitale per sé e per la propria famiglia, come prescrive l'art. 36 Cost, comma 2, Cost.. La corresponsione dell'assegno alimentare, previsto dalle norme vigenti, è un automatismo in caso di sospensione disciplinare, e ancor di più se il dipendente non ha commesso alcuna infrazione correlata alla prestazione lavorativa, considerato che è lo stesso decreto-legge 172 – e precedentemente anche il dl 44 con riferimento al comparto sanitario - a stabilire che la sospensione dal lavoro per mancata

vaccinazione non ha carattere disciplinare. In questo caso siamo al cospetto di una sanzione accessoria con evidente carattere punitivo *contra legem*, nonostante si sia escluso il carattere disciplinare della sospensione. Pertanto, la mancata previsione dell'assegno alimentare viola l'art. 36 della Costituzione. La sospensione dal lavoro, come misura precauzionale, comporta un irragionevole, perché sproporzionato, bilanciamento del diritto al lavoro e a un'equa retribuzione, da un lato, e il dovere di solidarietà e il diritto alla salute individuale e collettivo, dall'altro. Anche perché persistono ancora i dati incerti in ordine alla copertura vaccinale e agli effetti avversi di lungo periodo. Con riferimento al comparto sanitario, va altresì rilevato che l'art. 1 del dl 172/2021 ha sostituito in blocco l'art. 4 del dl 44/2021 che disciplina l'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari, senza prevedere nessun regime transitorio per i sanitari colpiti da sospensione sotto il vigore della precedente disciplina, i cui effetti sono travolti dall'entrata in vigore del nuovo decreto, con conseguente diritto alla riammissione in servizio e alla retribuzione: trattasi della piana applicazione del principio contenuto nell'art. 15 delle preleggi al codice civile, il quale dispone che le leggi, se non espressamente abrogate, possono comunque ritenersi abrogate implicitamente *“per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore”*.

d) Necessaria temporaneità delle misure che limitano i diritti fondamentali. Il super green pass ha una validità estesa al 15 gennaio 2022, mentre le misure dell'obbligo vaccinale selettivo si applicano per la durata di 6 mesi, a partire dal 15 dicembre. Nel mentre, con provvedimento del 14 dicembre 2021, lo stato di emergenza è stato ulteriormente prorogato dal 31 dicembre 2021 per ulteriori 3 mesi, sino a marzo 2022. Siamo al cospetto di una misura che comprime diritti e libertà fondamentali e che protrae i suoi effetti oltre il periodo di vigenza dello stato di emergenza, con il paradosso di essere stata deliberata in difetto della causa che ne giustificherebbe l'adozione. Infine, il dl 172 contiene misure a efficacia differita, che mal si conciliano con l'immediata applicabilità delle disposizioni del decreto-legge. Si tratta della nota teoria dell'autoapplicatività per la quale per i decreti-legge vale la regola della immediata vigenza alla quale è collegata l'urgenza del provvedere, di cui all'art. 15, comma 3, della l. n. 400/1988, nella parte in cui prevede che «i decreti devono contenere misure di immediata applicazione». Sull'autoapplicatività del decreto-legge e sulla capacità vincolante di dell'articolo 15, l. n. 400/88 si è pronunciata la Corte costituzionale nella decisione 220/2013 stabilendo, da un lato, che i «*decreti-legge traggono la loro legittimazione generale da casi straordinari [...] sono destinati ad operare immediatamente, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità*» per le quali il citato art. 15 ha previsto che il decreto legge debba contenere misure di immediata applicazione; e, dall'altro, che l'art. 15 l. n. 400/1988 «*pur non avendo, sul piano formale, rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco alla natura stessa del decreto-legge [...], che entrerebbe in*

contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo». In definitiva, previsioni di «processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, [...] mal si conciliano con l'immediatezza di effetti connaturata al decreto-legge, secondo il disegno costituzionale». La violazione dell'art. 15 citato, in quanto fonte interposta a forza passiva rinforzata in senso materiale¹⁰, si tradurrebbe nella violazione dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 della Costituzione.

e) Infine, se il fine è il contenimento del contagio, non si comprende la ratio per cui i giovani minorenni devono avere il green pass base mentre gli over 12 devono avere il super green pass per andare in palestra o in piscina, ma non per andare a scuola o all'università; così come il lavoratore deve avere il super green pass per accedere ai luoghi di lavoro o per prendere un treno interregionale, il green pass base per utilizzare il mezzo pubblico, mentre è libero di andare in un centro commerciale; oppure perché in ambito lavorativo diverso da quelli in cui vige l'obbligo vaccinale, è ammesso il tampone; oppure perché nell'obbligo vaccinale non sono inclusi anche i tirocinanti e gli studenti di medicina e di odontoiatria, il personale tecnico-amministrativo delle strutture sanitarie pubbliche e private e tutti quelli che operano nel comparto sanitario; oppure con riferimento al comparto dell'istruzione, non si comprende perché mai l'Università sia stata esclusa dall'obbligo vaccinale.

Sfugge la ratio di tali provvedimenti, a meno che con essi non si intenda in realtà disseminare la vita dei cittadini di tanti pungoli che li spingano a effettuare la scelta vaccinale, che però non sono scevri da vincoli e da limiti.

Resta forte la preoccupazione al cospetto del fatto che un tema così delicato, come quello dell'obbligo vaccinale e della limitazione dei diritti ai non vaccinati, possa essere risolto con strumenti totalmente discrezionali, aderendo a quell'opinione che nega di poter ricorrere ad un generico principio di ordine pubblico o di sicurezza allo scopo di giustificare limiti ai diritti fondamentali all'infuori dei casi in cui la Costituzione espressamente lo prevede¹¹.

Siamo al cospetto della defondamentalizzazione della libertà personale, sovente considerato un retaggio dello Stato liberale, che va sacrificato in nome dell'interesse collettivo, così come affermato con una certa "leggerezza di cultura costituzionale" dal Consiglio di Stato, III Sez., n. 7045 del 20 ottobre 2021: questa impostazione trascura, infatti, che nel nostro ordinamento nessuno può imporre un sacrificio individuale nemmeno quando in gioco sia il bene comune, perché altrimenti l'esercizio della libertà individuale non sarebbe responsabile in quanto sarebbe rimessa all'arbitrio del potere pubblico, e

¹⁰ A. Iannuzzi, *Osservazioni sulla delega "taglia-inattuazione", per la modifica e l'abrogazione delle leggi che prevedono l'adozione di provvedimenti attuativi, contenuta nella Legge Madia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016.

¹¹ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, II, 840.

così travolgeremmo uno dei canoni fondamentali del costituzionalismo moderno, ossia il principio per cui i diritti fondamentali costituiscono argine al potere. Non a caso la Corte costituzionale nella sentenza n. 307 del 22 giugno 1990 affermava che il dovere di solidarietà “*non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri*”. Una cosa è la solidarietà come esercizio di libera scelta, altra cosa è la solidarietà imposta. E di certo, alla base dell’obbligo vaccinale, dovrebbero esserci valutazioni di ordine medico-scientifico, non certo il principio di solidarietà, che va inteso quale tipica obbligazione morale reciproca della società civile, come tale incoercibile e scaturente dal personale convincimento che quel comportamento corrisponda a un interesse sociale che si eleva a valore giuridico, senza che occorra oppure no prevedere un obbligo: in tal senso, il principio di solidarietà diviene manifestazione del principio personalista nel rispetto del principio di autodeterminazione e delle istanze collettive, ma a condizione che il trattamento sia diretto a preservare lo stato di salute di chi lo subisce e che all’autolimitazione del diritto del singolo di rifiutare le cure debba corrispondere il sacrificio che la collettività deve subire quando al singolo derivi un danno dal trattamento sanitario.

Il rispetto della persona umana identifica un divieto che segna il confine della discrezionalità del legislatore: non un valore da bilanciare con altro valore, ma un criterio assoluto che presiede al bilanciamento tra l’interesse collettivo alla tutela della salute e l’interesse individuale, segnando il limite oltre il quale il legislatore non può comprimere la libertà individuale, fosse anche in funzione di un interesse collettivo.

Ma anche a voler prescindere dalle chiare indicazioni della lettera dell’art. 32 Cost., l’evoluzione del nostro ordinamento giuridico registra una crescente valorizzazione dei diritti di autodeterminazione, come il consenso informato, l’autodeterminazione della cura, il testamento biologico (DAT) e il coevo dibattito sul diritto di fine vita, che mostra un’indicazione preferenziale per modelli non impositivi in grado di riflettere in modo più adeguato l’interpretazione sistematica degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.

Non si condivide, pertanto, quell’orientamento che individua nel principio di solidarietà sociale la sola causa giustificativa delle misure di contenimento e della somministrazione vaccinale e il presupposto della prevalenza della dimensione collettiva sulla dimensione individuale del diritto alla salute, secondo un’accezione di solidarietà orizzontale distinta e autonoma dalla solidarietà verticale o istituzionale e come tale idonea a rendere accettabile la perdita di diritti per chi rifiuta di sottoporsi “volontariamente” alla vaccinazione¹². Trattasi di una formulazione dei doveri di solidarietà che trascenderebbe la lettera dell’art. 2 della Costituzione che, al contrario, ancora il principio di solidarietà (rilevante per il diritto) alla tassatività delle fattispecie dei doveri costituzionali giuridicamente coercibili, nella quale si riflette il principio della certezza del diritto: in questo senso i doveri di cui all’art.2 Cost. sono quelli esplicitati dalla

¹² Q. Camerlengo, L. Rampa, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti covid-19*, in rivistaaic, n. 3/2021 (30/06/2021), pp. 212ss.

Costituzione e va esclusa l'idea di un catalogo aperto di doveri costituzionali, indeterminati e indeterminabili *ex ante*, perché potenzialmente idonei a interferire con le libertà fondamentali, limitandone la piena esplicazione¹³.

Per il diritto, infatti, l'obbligo vaccinale e la raccomandazione vaccinale non si pongono sullo stesso piano (Corte cost., sent. n. 5/2018) quanto a effetti giuridici e il *discrimen* tra queste fattispecie giuridiche è la tutela della dignità umana – e dunque della garanzia della permanenza della salute del singolo individuo a somministrazione vaccinale avvenuta - come limite assoluto all'obbligo vaccinale e il consenso informato come riconduzione della somministrazione vaccinale al principio di autodeterminazione del singolo.

Il corretto inquadramento della solidarietà quale limite funzionalistico alla dimensione individuale della sfera giuridica, costituisce una solida base per i doveri menzionati dalla Costituzione fra i quali rientra il dovere che lo Stato può richiedere ai consociati, concorrenti alla realizzazione del bene comune, di sottoporsi a trattamenti sanitari purché disciplinati con legge¹⁴, escludendosi che si possa invocare il principio solidaristico come principio “persuasivo” in assenza di obbligo *ex lege*: nella storica sentenza n. 5 del 2018, che ha definito i profili del sistema vaccinale introdotto con il dl 73/2021 convertito nella l. 119/2017, la Corte ribadisce la necessità che la legislazione statale impositiva di obblighi vaccinali deve garantire il “*diritto della persona di essere curata efficacemente [...] e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica*”, nel rispetto di condizioni “*eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale*”¹⁵.

La dimensione non autoritativa della solidarietà, espressione di quell'obbligazione naturale della società civile a carattere di reciprocità, essendo logicamente incoercibile perché rimessa alla spontaneità della condotta/prestazione e pertanto difettosa del requisito della giustiziabilità, risulta non idonea costituire il fondamento della mera raccomandazione vaccinale quale causa giustificativa dell'esercizio di diritti e libertà fondamentali. Viceversa, in caso di obbligo vaccinale, legittimamente imposto sulla base dei presupposti procedurali previsti dalla normativa nazionale e internazionale, la solidarietà orizzontale costituisce il corollario che arricchisce la solidarietà verticale quale fondamento dell'obbligo giuridico alla somministrazione vaccinale e la cui non osservanza è sanzionabile e giustiziabile, secondo la nota correlazione che esiste nel mondo del diritto tra obbligo giuridico e sanzione.

¹³ A.A. Negroni, Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie, Forum di Quaderni costituzionali, 2/2020.

¹⁴ C. D'Orazi, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *rivistaaic*, 3/2021 (23/06/2021), p. 16.

¹⁵ Per un'analisi della decisione A. Iannuzzi, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico – statistiche*, Consulta on line 1/2018.

Tutte queste considerazioni, se giovano a chiarire la distinzione concettuale tra obbligo vaccinale e raccomandazione vaccinale (che non possono essere sovrapposti in quanto forieri di effetti giuridici diversi), non fugano i dubbi di legittimità che concernono il contenuto normativo del dl 172/2021. Da un lato, siamo al cospetto di un obbligo vaccinale illegittimo in quanto carente dei presupposti (evidenze scientifiche stabili sugli effetti avversi e/o collaterali di lungo periodo) che, riducendo al minimo il rischio di eventi dannosi per la salute del vaccinando tale da essere contenuto nei limiti della normale tollerabilità, renderebbero la previsione dell'obbligo conforme ai requisiti di sicurezza richiesti dalla giurisprudenza costituzionale affinché il TSO previsto dall'art. 32 non violi il divieto del rispetto della dignità umana.

Dall'altro, con riferimento al green pass (base e rafforzato) siamo di fronte in realtà a una molto significativa induzione alla vaccinazione (la cd. spinta gentile, riprendendo la nota teoria dell'economista Richard H. Thaler e del giurista Cass R. Sunstein) che si sostanzierebbe non solo in un obbligo indiretto ma anche, con riferimento al super green pass, in una condizione sospensiva dell'obbligazione retributiva pur in assenza della volontà di interrompere il rapporto sinallagmatico.

Siamo al cospetto di un obbligo surrettizio, con l'aggravante che esso non produce responsabilità in caso di morte o di lesioni personali prodotte dagli effetti collaterali: si rammenta infatti che l'art. 3 del d.l. n. 44/2021 ha previsto che *«per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione»*. Lo scudo penale, che prova l'incertezza del dato scientifico sulla sperimentazione dei vaccini tanto da rendere opportuna un'esenzione di responsabilità, si pone in contrasto con il principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge e al diritto di difesa, considerato che *«alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, il cui esercizio, nel nostro ordinamento, sotto più profili è regolato da precetti costituzionali»* che nella fattispecie attengono al sacrificio dei diritti della parte civile e della vittima dei reati scudati, che si traducono altresì nella lesione della dignità personale (sentenza n. 24/2004).

Dunque, è al rispetto della persona umana che va guardato quando si introducono misure potenzialmente lesive del principio di eguaglianza e della dignità della persona, che è il baricentro della nostra democrazia costituzionale. La dignità della persona è il *“criterio di misura della compatibilità dei bilanciamenti, continuamente operati dal legislatore e dai giudici, con il quadro costituzionale complessivo. Sarebbe*

*necessario, in occasione di ogni operazione di bilanciamento, chiedersi se il risultato incide negativamente sulla dignità della persona, oppure se rimane intatta la sua consistenza*¹⁶.

Il rapporto tra diritto collettivo alla salute che si vuole di salvaguardare con l'obbligo vaccinale e con il green pass, al netto di tutte le considerazioni prima esposte sulla "tenuta" dell'obbligo vaccinale sotto il profilo del contagio, e diritto al lavoro non risulta adeguatamente bilanciato dal dl 172/2021, che è assimilabile – al pari del dl 127/2021 - alle leggi-provvedimento per il contenuto dettagliato e settoriale delle misure adottate e va assoggettato ad uno stretto scrutinio di costituzionalità in considerazione del pericolo di trattamento differenziato insito in previsioni di tipo particolare o derogatorio (sentenze nn. 2 e 153 del 1997, n. 364 del 1999 e n. 429 del 2002) soprattutto con riferimento al necessario bilanciamento di diritti e principi che non viene superato dallo stato di emergenza. Come si legge in modo chiaro e lapidario nella sentenza n. 137/2009: *“Dalla giurisprudenza costituzionale si ricava che, se è vero che non è configurabile, in base alla Costituzione, una riserva di amministrazione, è pur vero che lo stesso legislatore, qualora emetta leggi a contenuto provvedimentale, deve applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza, affinché il ricorso a detto tipo di provvedimento non si risolva in una modalità per aggirare i principi di eguaglianza ed imparzialità. In altri termini, la mancata previsione costituzionale di una riserva di amministrazione e la conseguente possibilità per il legislatore di svolgere un'attività a contenuto amministrativo, non può giungere fino a violare l'eguaglianza tra i cittadini?”*.

In questa prospettiva il dl 172/2021 con riferimento al necessario bilanciamento tra tutela collettiva della salute e diritto al lavoro introduce una doppia disparità di trattamento: tra vaccinati e non vaccinati, in merito alla non equivalenza delle misure previste (illogicità della graduazione tra super green pass e green pass base in relazione alle condizioni di accesso ad alcuni posti di lavoro e ad alcuni servizi e attività), e nell'ambito della categoria dei non vaccinati tra abbienti e non abbienti, avallando una sorta di aberrante principio di eguaglianza modulato sull'appartenenza di classe socio-economica. Vale appena la pena di evidenziare che i rilievi di incostituzionali per disparità di trattamento sono estensibili anche ai decreti-legge che hanno progressivamente ampliato l'obbligo del green pass nelle scuole e università. Anche qui siamo in presenza di differenze di trattamento che non rispettano il principio di proporzionalità con riferimento al trattamento giuridico omogeneo dei soggetti che compongono la classe che si vuole sottoporre a disciplina differenziata: nella specie non si comprende la ragione per cui gli studenti delle scuole secondarie di primo e secondo grado della fascia di età da 12 a 18 anni siano esentati dalla presentazione del green pass per accedere nei locali scolastici, nel mentre gli studenti universitari se vogliono accedere ai locali universitari per seguire le lezioni devono presentare il green pass, nonostante gli stessi versino le ingenti tasse universitarie per esercitare il proprio diritto allo studio. Per questi ultimi – se non vaccinati – si ripropongono, pertanto, le medesime considerazioni fatte in merito all'obbligo di tampone ogni due giorni che produce una discriminazione sociale sulla base del reddito e che si traduce

¹⁶ G. Silvestri, L'individuazione dei diritti della persona, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 11.

nella violazione dell'art. 3, comma 1, sotto il profilo divieto di discriminazione sulla base delle condizioni personali e sociali.

L'eccesso e la sovrapposizione di produzione normativa indotta dallo stato di emergenza ha generato una spirale negativa che ha prodotto plurime violazioni di diritti costituzionali: occorre, pertanto, riportare la regolazione della pandemia nell'ambito dei canali ordinari di produzione normativa, atteso che ulteriori proroghe dello stato di emergenza – senza passare attraverso la deliberazione parlamentare - e restrizioni dei diritti fondamentali rischiano di stressare oltre il punto di rottura il sistema costituzionale, anestetizzando il principio della responsabilità politica, cardine della nostra forma di governo parlamentare.

Nel caso in cui, nonostante l'evidente non adeguatezza del mezzo (obbligo vaccinale selettivo e green pass) rispetto al fine (contenere il virus e garantire la ripresa economica in sicurezza) come ampiamente dimostrato nel corso delle audizioni scientifiche, il legislatore ritenesse di tener ferme tali misure, alcune delle evidenziate disparità potrebbero essere ridotte nell'impatto sulla minoranza dei non vaccinati, prevedendo almeno questi emendamenti-base:

- ripristino del green pass base per l'accesso a servizi e attività attualmente vietate ai non vaccinati;
- gratuità dei tamponi, rendendo disponibili anche i tamponi salivari, come strumento di generale di tracciamento del virus;
- consentire ai datori di lavoro di agevolare, ove le condizioni organizzative lo consentano, la scelta tra lavoro in presenza e telelavoro senza obbligo di green pass;
- immediata corresponsione in caso di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione dell'assegno alimentare, che ha funzione indennitaria, nel rispetto dell'art. 36 Cost.

Pertanto, affinché possa dirsi pienamente rispettato il principio di ragionevolezza, il vaglio di legittimità del d.d.l. 2463 di conversione del dl 172/2021, per il quale la discrezionalità del legislatore non è piena perché limitata dagli accertamenti tecnico-scientifici a tutela della dignità e dell'integrità psicofisica della persona, espone il legislatore a uno stretto scrutinio di costituzionalità a causa del vincolo tecnico che deve indirizzare la sua scelta (cd. discrezionalità tecnica)¹⁷, come precisato a partire dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 282/2002 che precisa i confini tra disciplina della cura e rispetto della dignità della persona che è opportuno qui richiamare: *«la pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica,*

¹⁷ Sul rapporto tra diritto e scienza si rinvia a A. Mangia, Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche, in L. Violini (a cura di), Verso il decentramento delle politiche di welfare, Milano, 2011, p. 51 ss.

diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica [...] Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia... - Tutto ciò non significa che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire. Così, ad esempio, sarebbe certamente possibile dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici "a rischio", onde meglio garantire - anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti - l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie. Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche" che sono affidati a specifici procedimenti che condizionano la scelta del legislatore».

E in questo senso, sono ravvisabili plurimi profili di illegittimità – analoghi a quelli rilevati nell'audizione del 6 ottobre 2021 - che investono il fondamento giuridico dell'obbligo vaccinale e del green pass:

- eccesso di potere legislativo per erronea valutazione dei presupposti, stante la pluralità di soggetti e di accertamenti che svolgono funzioni diverse a seconda degli ordinamenti di riferimento, che non sono perciò fungibili, quali dei tanti accertamenti deve costituire la base scientifica;
- falsi presupposti in relazione al rapporto costi/benefici: evidenze scientifiche mostrano che ai fini dello screening per il tracciamento del virus molto più efficaci ed economici sono i tamponi, essendo ormai acclarato che i vaccinati al terzo mese dalla seconda dose contagiano in modo eguale ai non vaccinati;
- irragionevolezza delle scelte legislative in relazione a una pluralità di trattamenti differenziati non proporzionati;
- omesso bilanciamento tra diritto individuale alla salute, interesse collettivo alla salute, diritto all'istruzione e diritto al lavoro e tutela della dignità della persona.

Risulta, pertanto, confermata la dottrina esposta nel caso ILVA, che non ammette «*l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*» (Corte cost., sent. 85/2013).