

1. Covid tra strumenti di prevenzione sanitaria e misure giuridiche di precauzione

Per prima cosa, occorre sgombrare il campo dalle semplificazioni che hanno trasformato il dibattito pubblico in una sorta di match tra favorevoli e contrari ai vaccini, fatto che mortifica qualunque forma di valorizzazione che il dialogo tra posizioni plurali è in grado di offrire anche a supporto di scelte politiche riservate alla discrezionalità del legislatore.

Tanti sarebbero gli spunti su cui riflettere insieme, ma se ne individueranno solamente alcuni, che si ritiene possano contribuire allo scrutinio di legittimità dell'impianto giuridico dell'estensione del green pass, di cui al decreto-legge n. 127/2021.

Sullo sfondo del green pass aleggia un convitato di pietra: l'obbligo vaccinale.

Obbligo vaccinale sì, obbligo vaccinale no, quale è lo stato dell'arte?

Secondo quanto acclarato dalla scienza medica, il virus Covid è un virus mutante, come quello dell'influenza, e proprio per tale sua caratteristica, non ci sarebbero sotto il profilo sostanziale i presupposti scientifici per introdurre l'obbligo vaccinale: infatti, i vaccini antinfluenzali – ai quali è sovente accostato questo vaccino sebbene di nuova generazione – non sono obbligatori perché non ne hanno il presupposto base, ossia quello di creare un'immunità permanente al virus.

Il vaccino non appare, pertanto, la soluzione univoca alla diffusione del virus, semmai protegge i vaccinati in modo più intenso sebbene non duraturo – gli ultimi dati confermano un crollo della protezione vaccinale dall'infezione intorno ai sei mesi dalla seconda somministrazione secondo i dati prodotti nello studio dell'andamento della campagna vaccinale nel Qatar (il paese con più vaccinati al mondo)¹ –. Dunque, l'evoluzione recente dei dati scientifici dimostra che anche i vaccinati si infettano, sebbene in forma meno grave e frequente dei non vaccinati, e possono infettare.

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale comparato – Dipartimento di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

¹ Ci si riferisce allo studio presentato dal Prof. Bizzarri, nell'audizione del 6 ottobre 2020, sugli effetti della campagna vaccinale nel Qatar, H. Chemaitelly, MSc, Patrick Tang, et al., *Infection disease Epidemiology Group, Weil Cornell Medicine-Qatar, Cornell University, Doha, Qatar*, in <http://doi.org/10.1101/2021.08.25.21262584>.

Gli esperti auditi nella seduta della Commissione Affari Costituzionali il 6 e il 7 ottobre 2021, in particolare i proff.ri Bizzarri, Chiusano, Donzelli, Rainisio, Cosentino (i cui interventi sono disponibili sul sito della Commissione), hanno evidenziato:

- I vaccini non hanno alcun potere immunizzante;
- I soggetti che si ammalano naturalmente sviluppano un'immunità che può durare anche oltre i 12 mesi;
- Nessuno studio ha trovato virus vivi oltre i 9 giorni di malattia, con un picco dall'esordio dei sintomi al quinto giorno di malattia;
- Il tasso di letalità varia enormemente per fasce di età, colpendo prevalentemente gli over 75 anni;
- L'impatto del virus nella fascia di età 0-34 anni è quasi pari a 0, per cui si raccomanda di sospendere immediatamente le vaccinazioni dei più giovani perché il rapporto costi/benefici è troppo basso in termini di benefici non conoscendo gli effetti dei vaccini nel medio-lungo termine;
- Il presupposto per cui i vaccinati contagiano meno dei non vaccinati è falso, poiché già dal terzo mese entrambe le categorie presentano pari indici di contagio;
- Il tasso di mortalità è estremamente raro nei giovani ed è concentrato soprattutto negli anziani con pluripatologie;
- Di contro sono aumentati significativamente i disturbi mentali nei bambini e negli adolescenti;
- La mortalità da covid è di gran lunga minore rispetto a quella indotta da comportamenti insalubri (obesità, fumo) o da incidenti stradali.
- I vaccini sono consigliati solo per i soggetti anziani e per i soggetti con patologie.

Questo sta a significare che con riferimento alla ratio sottesa ai vaccini anticovid di nuova generazione, all'originaria funzione immunizzante man mano si è sostituita una funzione precauzionale, che possa prognosticamente ridurre il rischio dell'insorgenza della sintomatologia COVID più grave. Ma allo stato delle evidenze scientifiche, questa funzione preventiva la si è voluta raggiungere non attraverso una campagna vaccinale mirata a proteggere i soggetti realmente a rischio, ma con una politica di persuasione a vaccinarsi a livello generale (con la sola esclusione della fascia di età 0-11 anni).

Che il vaccino non abbia "più" una funzione immunizzante, rispetto alle informazioni originariamente diffuse dalle Istituzioni, dalla politica e dalla stampa, è un dato confermato dalla previsione della raccomandazione (obbligo al chiuso) di utilizzare sempre i dispositivi di prevenzione individuale (mascherine, gel igienizzante mani e distanziamento di un metro) anche per i vaccinati,

ponendoli dunque in una posizione di sostanziale parità con i non vaccinati tenuti ai medesimi comportamenti imposti dal principio di precauzione.

La medesima conclusione della non idoneità del vaccino a produrre l'immunità di gregge è altresì confermata da un dato segnalato dall'OMS: trattandosi di una pandemia che per natura non è circoscritta nei confini di singoli Stati, l'efficacia dei vaccini è direttamente proporzionale alla velocità e capillarità di somministrazione a livello mondiale, ed è insostenibile che 10 paesi al modo abbiano acquistato il 75% delle dosi vaccinali e nei paesi a basso reddito la percentuale delle persone vaccinate oscilla dall'1,9% al 4%².

Pertanto, il vaccino anticovid permane è un'utile misura di prevenzione del contagio, purché circoscritta ai soggetti veramente a rischio e con i limiti prima evidenziati.

Accanto ai vaccini, come utile misura di prevenzione della diffusione dell'infezione e di screening, si collocano i tamponi (antigenici e molecolari, e di recente anche salivari, sebbene questi ultimi non ancora diffusi in Italia, a differenza di altri paesi europei come la Francia), ossia strumenti diagnostici che consentono con una certa approssimazione di verificare che un soggetto nell'immediato non sia infettivo, tenendo sempre presente che la diffusione del virus non dipende dallo stato di positività del soggetto, ma dal livello di carica virale. I tamponi svolgono la funzione di monitorare i casi di positività al coronavirus, sebbene la condizione di positivo – ossia di un soggetto che entrato in contatto con il virus – non comporti automaticamente la condizione di soggetto infettante, che dipende dalla carica virale posseduta che il tampone, sia antigenico che molecolare, non è in grado di evidenziare.

In questo contesto in forte evoluzione scientifica ed essendo i vaccini nella fase 4 di farmacovigilanza post marketing per monitorare gli effetti nel medio-lungo periodo³ che terminerà nel 2023, a decorrere dal 6 agosto con i dd.ll. 52/2021, 105/2021 e infine 127/2021, sul quale verte l'odierna audizione, è stato introdotto lo strumento della certificazione verde, meglio conosciuta come green pass, per il quale la scrivente intravede plurimi profili di illogicità e irragionevolezza sotto il profilo costituzionale con riferimento al principio di ragionevolezza e di bilanciamento tra diritti, libertà e principi costituzionali.

2. Green pass tra principio di ragionevolezza e principio di precauzione

² V. Agnoletto, *Tutti gli errori nella gestione della pandemia*, in *Micromega*, rivista on line, 24 settembre 2021.

³ Le fasi della sperimentazione sono 4: Fase 1 (Non tossicità), Fase 2 (Efficacia), Fase 3 (valutazione di efficacia rispetto ai farmaci già in circolazione, e valutazione del rapporto rischio/beneficio), cui segue il rilascio dell'Autorizzazione Standard, e l'avvio, per un periodo di 5 anni, della Fase 4 di farmacovigilanza successiva (cd. sorveglianza post-marketing). Si rinvia a: <https://www.aifa.gov.it/sperimentazione-clinica-dei-farmaci>.

Il punto nodale è verificare se il green pass rispetti il principio del bilanciamento tra diritti, libertà e principi fondamentali che la Corte costituzionale pone a fondamento della proporzionalità delle misure legislative, anche ove dispongano trattamenti differenziati, e se tale principio possa subire deroghe in fase emergenziale.

Per sgombrare il campo dalle tante insidie sottese a un tema, qual è quello oggi in discussione – vale a dire la tenuta del principio di bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali in un regime di emergenza pandemica – che mette in relazione diritto alla salute, diritto al lavoro e principio di solidarietà, occorre partire dalla costruzione elaborata nella sentenza sul caso ILVA, la n. 85 del 2013, nella quale è stata elaborata la teoria del cd. “diritto tiranno”. E 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 statuzione 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”.***

Non a caso, in piena emergenza pandemica, l’allora Presidente della Corte Marta Cartabia nella Relazione annuale della Corte del 2019 del 28 aprile 2020, riprende e sviluppa la costruzione elaborata nella sentenza n. 85/2013:

“La nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell’art. 48 della Costituzione di Weimar o dell’art. 16 della Costituzione francese, dell’art. 116 della Costituzione spagnola o dell’art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinvencono clausole di

sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri. La Costituzione, peraltro, non è insensibile al variare delle contingenze, all'eventualità che dirompano situazioni di emergenza, di crisi, o di straordinaria necessità e urgenza, come recita l'art. 77 Cost., in materia di decreti-legge. La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi – dagli anni della lotta armata a quelli della più recente crisi economica e finanziaria – che sono stati affrontati senza **mai sospendere l'ordine costituzionale**, ma ravvisando all'interno di esso quegli strumenti che permettessero di modulare i principi costituzionali in base alle specificità della contingenza: **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, nella giurisprudenza costituzionale si ravvisano criteri in sé sufficientemente elastici e comprensivi da consentire una adeguata considerazione delle specificità del tempo di crisi. Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta, è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – a offrire a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare «per l'alto mare aperto» dell'emergenza e del dopoemergenza che ci attende”.

Quando si fa riferimento alle sospensioni dell'ordine costituzionale occorre distinguere quelle situazioni formali di adozione di provvedimenti che abbiano come oggetto tale sospensione (e il panorama comparatistico è ricco di esempi in tal senso) da quelle circostanze nelle quali si assiste allo svuotamento della Costituzione che resta in vita come involucro formale: non si è al cospetto di una sospensione formale, ma si tratta di “*un processo di trasformazione delle istituzioni e dei paradigmi di governo della società in cui ci troviamo. Trasformazione che tanto più insidiosa perché, come era venuto per il Fascismo, avvengono senza che ci sia un cambiamento del testo della Costituzione, ma avvengono surrettiziamente. Il modello che viene così eroso e cancellato è quello delle democrazie parlamentari con i loro diritti, le loro garanzie costituzionali, e al loro posto subentra un paradigma di governo in cui in nome della biosicurezza e del controllo le libertà individuali sono destinate a subire limitazioni crescenti?*” come ha efficacemente sottolineato Giorgio Agamben nella sua audizione del 7 ottobre 2021, analizzando il significato politico del green pass.

Pertanto, se – in ossequio alla giurisprudenza costituzionale e dell'impianto costituzionale “sistemico” – non è possibile istituire una gerarchia tra le varie figure di diritti fondamentali, 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. Il bilanciamento dei diritti deve infatti muoversi nell'ambito della relatività delle situazioni giuridiche di volta in volta in discussione e trovare il proprio punto di equilibrio che consenta di tenere fermo il nucleo di sostenibilità della limitazione di un diritto, ovvero essere ragionevole e proporzionale. La copertura dell'art 32 della Costituzione ammette l'imposizione di un sacrificio al singolo, attraverso l'imposizione del trattamento sanitario, ma solo a fronte di un beneficio collettivo certo ed anche a condizione che il sacrificio sia certamente vantaggioso,

in termini di salute, anche per il singolo stesso: 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 anticovid la fase della farmacovigilanza sulle conseguenze a medio e lungo termine è ancora in piena fase di svolgimento e che allo stato non esistono studi scientifici in merito agli eventuali effetti cancerogeni dei vaccini nel medio-lungo termine⁴.

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, non trasparente sui dati scientifici e sulle risultanze del CTS, i cui verbali sono secretati, e spesso contraddittoria), i quali in assenza di obbligo vaccinale, hanno diritto a rifiutare il trattamento sanitario 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. E “*se i vaccinati non sono più protetti da infezioni e neppure da forme sintomatiche*” e “*dunque, chi non si vaccina non danneggia altri, perché si dovrebbe obbligarlo a vaccinarsi?*”⁵.

In questo contesto assume poi, particolare rilievo la sentenza n. 118/1996 della Corte costituzionale che, in riferimento a un danno alla salute conseguente alla vaccinazione antipolio, ha stabilito che: “*... in nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario (o, come in caso della vaccinazione antipoliomelitica che si pratica nei primi mesi di vita, chi esercita la potestà di genitore o la tutela) sia privato della facoltà di decidere liberamente. Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri*”.

Questa sentenza giova a chiarire la relazione, sovente mal posta, tra diritto individuale alla salute e interesse collettivo alla salute, che si traduce nel rapporto dinamico di integrazione e non statico di prevalenza tra diritti individuali e principio di solidarietà, che richiedono quella tutela sistemica e non frazionata di cui alla sentenza n. 85/2013.

Di quale collettività dobbiamo difendere l'interesse alla salute? Della collettività di oggi o della collettività futura (quella che sarà tra 5 o 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*”⁶: 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

⁴ Così il Prof. M. Bizzarri, Audizione in Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica del 6 ottobre 2021.

⁵ Così il Prof. Bizzarri nell'audizione citata.

⁶ A. Mangia, *Si caelum digito tegeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in RivistaAic n. 3/2021, p. 443.

anticovid, ne discende l'impossibilità di 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. 13⁷.

E proprio con riferimento al rapporto tra diritto individuale alla salute e principio di solidarietà va testata la legittimità del green pass.

Il discrimen è dato dal carattere non pienamente sperimentato del vaccino anticovid, i cui accertamenti tecnici sull'efficacia immunizzante e sugli effetti collaterali sono suscettibili di variare nel tempo e dunque sono sostanzialmente instabili: 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 difficile che si possa addivenire all'introduzione di un obbligo vaccinale, trattamenti sanitari obbligatori che, come afferma la Corte costituzionale a partire dalla storica sentenza 282/2002, poi riproposta nelle sentenze n. nn. 268/2017, 5/2018 e 118/2020, devono “*garantire... l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie*” sulla base dell' “*obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali*”.

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 del 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 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. 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.

⁷ A. Mangia, *Si caelo digito tetigeris*, cit., pp. 451-452.

Né si può invocare il ricorso al principio cautelare di precauzione come panacea per legittimare l'adozione del green pass 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 del 3 aprile 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 conformarsi⁸.

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 (art. 118 della Costituzione);
- legislativa, e dunque fonte del diritto subordinata alla Costituzione, cui deve rispetto ex art. 117, I co., il principio di precauzione.

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: un'applicazione indiscriminata del principio di precauzione 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.

Su queste premesse in punto di principi è possibile testare la legittimità costituzionale del green pass.

3. I dubbi di legittimità sul green pass

Cerchiamo ora di definire la finalità del green pass: tale definizione è il presupposto per stabilire se la normativa sul green pass si muove in un solco costituzionalmente orientato.

⁸ T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del covid-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, in *Biodiritto*, 24 marzo 2020.

Il nostro campo di riferimento sarà pertanto il diritto nazionale.

I vari dd.ll. che si sono succeduti, sino all'ultimo il dl n. 127, hanno progressivamente esteso l'obbligo della certificazione verde Covid-19 (cd. *green pass*) volta a comprovare tre distinti stati: 1) avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2, stabilendo diversi termini a seconda che il ciclo vaccinale sia concluso o sia somministrata solo la prima dose; 2) guarigione dall'infezione; 3) l'effettuazione, con risultato negativo, di un test molecolare o antigenico rapido al Covid-19. In un primo momento il green pass aveva una efficacia di 9 mesi dallo stato certificato, distinguendo la condizione di chi è guarito per il quale la validità del green pass scendeva a 6 mesi; con il dl. 127/2021 detto termine di efficacia è stato esteso a 12 mesi per i soggetti guariti. Il test molecolare o antigenico ha invece una validità di 48 ore, prorogata dal dl 127 a 72 ore solo per il test molecolare.

Il “salto di specie” – con una locuzione molto in voga in un contesto pandemico – del green pass italiano rispetto all'omologo europeo viene realizzato nei dd.ll. nn. 105, 111 e 127 del 2021.

La prima disciplina del green pass è contenuta nell'art. 2 del dl 52/2021, ai commi 1 e 3 e art. 9, comma 8, che stabiliscono la possibilità di spostamento dai o verso i territori in zona arancione o rossa, “*oltre che per comprovate esigenze lavorative o per situazioni di necessità o per motivi di salute, nonché per il rientro ai propri residenza, domicilio o abitazione, **anche** ai soggetti muniti delle certificazioni verdi COVID-19 di cui all'articolo 9*” nonché la necessaria conformità alla normativa europea: ed effettivamente, il green pass nella sua originaria versione si era posto in stretta linea di continuità con il diritto europeo tesa ad “agevolare” la circolazione a livello interno, ampliando la possibilità di spostamento anche in zone a forte limitazione di circolazione “**anche**” (e non solo) ai soggetti muniti di green pass e, a livello europeo, tra gli Stati membri, rendendo equivalenti le vaccinazioni somministrate in Stati membri UE e in Stati terzi, purché riconosciute in ambito unionale e senza obbligo di quarantena, cui resta assoggettato chi non è munito di green pass. Sin qui, il green pass mostrava quegli elementi positivi di strumento di libertà non discriminatorio che lo rendevano compatibile con il nostro quadro costituzionale.

Con i successivi decreti-legge (nn. 105, 111, 127) è stata prevista una progressiva estensione del green pass non più solo come strumento di agevolazione della libertà di circolazione bensì come condizione di accesso a determinati servizi e attività (locali al chiuso, bar, cinema, teatri, piscine, palestre ecc.) che incidono sulla libertà personale intesa quale dimensione non solo fisica ma anche psichica (dl 105) e come presupposto per l'esercizio di alcuni diritti fondamentali, in particolare diritto all'istruzione (dl 111) e diritto al lavoro (dl 127), realizzandosi quel salto di specie nella finalità del green pass di cui all'incipit del presente paragrafo.

Si è così trasformato il green pass da strumento di natura informativa che accerti la condizione di non contagiosità al fine di agevolare gli spostamenti nei e tra i Paesi membri in una vera e propria prescrizione obbligatoria con effetti di plurimo trattamento differenziato, che per rivelarsi legittimo deve rigorosamente rispettare il principio di proporzionalità e quello di ragionevolezza.

A questo riguardo soccorre ancora una volta la Corte costituzionale che nella decisione n. 163/1993 indica i presupposti del principio di eguaglianza che si sostanzia nel trattamento uguale di situazione eguali e nel trattamento differenziato di situazioni differenti, purché tale trattamento sia in entrambi i casi ragionevole.

Quando il trattamento differenziato è ragionevole? Secondo la Corte *“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”*.

Il primo nodo da sciogliere è stabilire quale è la reale – e non apparente – finalità della normativa che disciplina il green pass: a fronte della ostentata finalità precauzionale di limitare la diffusione dell’infezione, nonostante l’incertezza delle evidenze scientifico prima evidenziate, si staglia sullo sfondo la finalità di 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 green pass “lavoro”, in una condizione sospensiva dell’obbligazione retributiva pur in assenza della volontà di interrompere il rapporto sinallagmatico.

Con riferimento alla prima finalità siamo al cospetto di un falso mito: essa è contraddetta dal fatto, ormai acclarato da qualche tempo, che la carica immunizzante del vaccino si riduce con il passare del tempo con la conseguenza che anche i vaccinati possono infettarsi e diffondere l’infezione (**rilevante per il diritto è il dato della contagiosità, non il grado di contagiosità, allo stato non misurabile dalla scienza per ciascun individuo**) e che il tampone, si potrebbe dire con gergo giuridico, “dispone per il

passato e non per il futuro” nel senso che cristallizza lo statu quo di non infettivo in quel momento storico ma non dà certezze per l'immediato futuro. Conferma questa linea interpretativa il fatto che a tutt'oggi si raccomanda a tutti i cittadini (vaccinati e non vaccinati) di indossare i dispositivi di protezione, di disinfettarsi spesso le mani e di osservare il distanziamento interpersonale di almeno un metro.

Resta la seconda finalità, ossia quella di indurre una “spinta gentile” alla vaccinazione, che ormai è l'obiettivo collegato al green pass dal mondo politico e veicolata in quello mediatico: qui siamo al cospetto di un'elusione dell'art. 32, che prevede che solo una legge, ovvero un decreto legge nel rispetto del principio di legalità formale e dei presupposti costituzionali, alle condizioni prima indicate, possa prevedere un trattamento sanitario obbligatorio, con il divieto assoluto (“in nessun caso”) violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, che si violerebbero allorché si facesse applicazione indiscriminata del principio di precauzione quando ***nella valutazione del rischio persista l'incertezza scientifica*** (sentenza n. 85/2013). Tale finalità non può essere attribuita al decreto-legge istitutivo del green pass, perché l'oggetto è diverso dall'imposizione dell'obbligo vaccinale, sostanziandosi in una induzione alla vaccinazione a fronte della minaccia di una pluralità di sanzioni dal divieto di accesso a servizi e attività alla perdita della retribuzione.

Né soccorre la pur suggestiva tesi per la quale il green pass sarebbe un onere giuridico: il campo operativo primario di questa figura dagli incerti contorni giuridici è il diritto privato e l'onere (dal latino *modus: limite*) si configura come un elemento accessorio, dunque non dotato di autonomia giuridica e non coercibile, di un negozio a titolo gratuito, consistente in un comportamento richiesto al fine di conseguire un vantaggio. Ritenere che il green pass costituisca un onere significherebbe degradare a mero vantaggio da conseguire il diritto inviolabile o la libertà fondamentale, che la Repubblica riconosce come preesistenti allo Stato e il cui esercizio dall'essere garantito, ai sensi dell'art. 2 Cost., diviene subordinato all'ostensione del green pass. Al netto della considerazione che l'onere è posto “a vantaggio” dell'onerato, e non come nel caso del green pass “a svantaggio” dello stesso!

Che il green pass sia stato, al contrario, concepito come un vero e proprio obbligo giuridico è circostanza affermata dallo stesso legislatore dell'emergenza: nei dd.ll. si utilizzano espressioni come “comando”, “obbligo”, “sanzione” che nel linguaggio giuridico hanno un significato chiaro, univoco e interpretabile nel solo senso che emerge dal loro significato letterale. Difatti, in *claris non fit interpretatio!*

Acclarata la natura giuridica obbligatoria del green pass, occorre adesso procedere a verificare se esso rispetti i requisiti previsti dalla Corte costituzionale per le misure emergenziali e non si traduca in un obbligo vaccinale indiretto che comprimerebbe il nucleo essenziale di alcuni diritti fondamentali per salvaguardarne altri in violazione di quel giudicato costituzionale che richiede il necessario bilanciamento

dei diritti e dei principi fondamentali anche in regime di emergenza e introducendo delle irragionevoli disparità di trattamento. E giova qui richiamare i tre criteri che si impongono di questa verifica:

*“a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati...; 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 (mezzo) rispetto al fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: **proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita**” (sent. 163/1993).*

Occorre adesso procedere a verificare se, sulla base dei tre criteri di ragionevolezza, la disciplina del green pass abbia requisiti posti a giustificazione della differenza di trattamento, vale a dire: necessità, temporaneità, giustiziabilità, proporzionalità e bilanciamento.

a) **Necessità e temporaneità.** Il presupposto della necessità e della temporaneità sembrerebbe rispettato dal dd.ll. in questione e dal dl 127/2020 in particolare, almeno sul piano formale, trattandosi di misure che trovano il loro fondamento in una serie di decreti legge, per loro natura atti temporanei con forza di legge, il cui presupposto di necessità e urgenza va rintracciato nella dichiarazione di emergenza sanitaria adottata dal consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020 secondo quanto previsto dall'art. 24, comma 3, del dlgs n. 1 del 2018 (codice della protezione civile): al netto di tutte le considerazioni in merito all'idoneità di un simile procedimento a fondare la dichiarazione di emergenza sanitaria, si profila un dubbio di legittimità in merito alla proroga dell'emergenza prevista dal dl 105/2021: in base al comma 3 dell'art. 24, “La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi”. Senonché, se lo stato di emergenza è stato dichiarato dal 31 gennaio 2020 al 31 luglio 2020 e il primo atto di proroga risale alla deliberazione del Consiglio dei ministri del 29 luglio 2020, come si legge testualmente nell'art. 1 del dl 105 /2020, se ne deduce che il termine massimo di proroga di 12 mesi previsto dal codice della protezione civile è spirato il 31 luglio 2021 e che il dl 105/2021, che ha prorogato al 31 dicembre 2021 lo stato di emergenza (unico caso in Europa, sic!) e i successivi dd.ll. 111/2021 e 127/2021 si pongono al di fuori del circuito di legittimazione offerto dalla dichiarazione di emergenza ed eludono il disposto dell'art. 24, comma 3, citato. E dunque, verrebbero meno quei presupposti di straordinarietà, acclarati nella dichiarazione di emergenza sempre richiamata nel preambolo del decreto, in base ai quali il Governo, ha ritenuto legittimo imporre attraverso il green pass condizioni stringenti di esercizio di alcuni diritti e libertà fondamentali (libertà personale nella sua dimensione

psichica; diritto di istruzione; diritto al lavoro). Infine, la sostenibilità di tali misure è direttamente proporzionale alla temporaneità delle stesse; temporaneità facilmente aggirabile attraverso il meccanismo della reiterazione del decreto-legge, pur non coperto dalla dichiarazione di emergenza, il cui termine massimo di proroga è scaduto venendo meno il presupposto giustificativo della deroga ai diritti fondamentali anche se temporanea, nei limiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale.

Sotto il profilo sostanziale, va rilevata l'irragionevolezza dell'inasprimento delle misure di precauzione con l'estensione del green pass nei luoghi di lavoro pubblici e privati, nelle scuole e nelle Università a fronte della coeva decisione del Governo di allentare le misure di contenimento estendendo al 100% la capienza di cinema, teatri e musei (senza obbligo di distanziamento di un metro) e riaprendo le discoteche con una capienza del 50% al chiuso e del 75% all'aperto: delle due l'una, se permane lo stato di emergenza, allora irragionevole è l'allentamento delle misure, se non permane lo stato di emergenza, stante la bassa curva di contagio secondo gli ultimi dati dell'ISS, allora viene meno il presupposto giuridico del green pass.

b) **Giustiziabilità.** Il green pass essendo disciplinato da un atto avente forza di legge, che è giustiziabile solo per illegittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale, con la conseguenza che il ricorso di costituzionalità di un decreto-legge, per sua natura norma incerta, sarebbe soggetto all'alea della conversione o della sanatoria, a pena di inammissibilità (Corte cost. sent. 37/2003). Inoltre, in assenza di legge di conversione o di sanatoria, permanerebbero quegli effetti irreversibili prodotti dalla induzione alla vaccinazione⁹. Le sanzioni eventualmente irrogate restano impugnabili dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria.

c) **Proporzionalità e bilanciamento.** Il green pass, istituito con il dl 52/2021 e progressivamente esteso all'accesso di attività o servizi e infine con il dl 127/2021 esteso a tutto il mondo del lavoro pubblico e privato, introduce una sorta di presunzione di non contagiosità dei cittadini che si sono vaccinati o se non vaccinati si siano sottoposti a tampone o siano stati dichiarati guariti dall'infezione.

Il green pass, pur non prevedendo *apertis verbis* un obbligo vaccinale, istituisce innegabilmente un trattamento differenziato tra vaccinati e non vaccinati in merito all'accesso ai luoghi di lavoro. La prova di resistenza di tale trattamento differenziato va condotta rispetto ai principi di ragionevolezza delle misure adottate, con riferimento all'intrinseca coerenza del sistema di tracciabilità imposto, e di proporzionalità, con riferimento al rapporto mezzi/fine del decreto-legge e al bilanciamento tra diritti egualmente garantiti dalla Costituzione. Ancora

⁹ A. Mangia, *Si caelo digito tetigeris*, cit., pp. 451ss.

una volta la bussola è rappresentata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sul principio di eguaglianza.

È noto che il principio di eguaglianza sia stato declinato dalla giurisprudenza costituzionale anche nel senso che situazioni diverse possano essere trattate in modo diverso. Si veda per tutte, la sentenza 163/1993 già richiamata che, indubbiamente, offre un robusto percorso interpretativo per testare la resistenza delle misure differenziate adottate con il green pass. Tale valutazione va condotta con riferimento all'oggetto del decreto-legge 127/2021, che è quello di riservare l'accesso ai luoghi di lavoro pubblici e privati ai soli possessori di green pass, il cui obbligo di possesso viene sanzionato, in caso di mancanza, con la perdita della retribuzione: tale previsione è finalizzata, si legge nella rubrica della legge, ad “*assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening*”.

In relazione ai tre parametri prima evidenziati occorre subito evidenziare una distonia di fondo: in assenza di obbligo vaccinale, è giustificata la creazione di due categorie di cittadini – i vaccinati e i non vaccinati – e il loro trattamento differenziato?

Ad avviso della scrivente, non essendo obbligatoria la vaccinazione, ad eccezione del comparto sanitario, ***chi non si vaccina sta semplicemente esercitando un proprio diritto***, e quindi ***non può esistere trattamento differenziato in considerazione del libero esercizio di un diritto***, che non può comportare la previsione di sanzioni di sorta nei confronti di chi legittimamente lo esercita: trattasi di una minoranza, che deve ricevere tutela nel nostro ordinamento, considerato che uno Stato democratico e costituzionale si caratterizza più per il grado di tutela delle minoranze che per il principio maggioritario.

Né soccorre la circostanza che il trattamento differenziato si sostanzia nella previsione di mezzi alternativi alla vaccinazione, come il tampone, perché in ogni caso 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 soprattutto l'alternativa posta al vaccino deve essere equivalente “*in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita*” (sent. 163/1993 prima richiamata).

Il tampone risponde ai suddetti requisiti di misura adeguata e proporzionale?

Il tampone ha validità di 48 ore, termine ora esteso a 72 ore per il tampone molecolare che però in assenza di sintomi evidenti può essere effettuato solo presso centri di analisi privati e a costi elevatissimi, per cui la scelta cade sul tampone antigenico a prezzi calmierati e quindi si finisce con l'imporre surrettiziamente **un obbligo di tampone quasi quotidiano per svolgere l'attività lavorativa** necessaria a garantire il dignitoso sostentamento proprio e della propria famiglia (art. 36, comma 1, Cost.).

Proprio per queste sue caratteristiche tale previsione non è idonea a essere considerata una congrua alternativa alla somministrazione vaccinale e pertanto la differenza di trattamento non supera l'obiezione del divieto di distinzioni dei cittadini sulla base di condizioni personali di cui all'art. 3, comma 1, Cost..

Inoltre, la misura introduce un profilo di disparità di trattamento interno alla categoria dei lavoratori privati tra i lavoratori delle imprese private con più di 15 dipendenti e i lavoratori delle imprese con meno di 15 dipendenti: mentre gli imprenditori con più di 15 dipendenti non possono sostituire i lavoratori presunti assenti poiché tali assenze *ex lege*, secondo quanto prescrive l'art. 3, comma 6, del d.l. 127/2021, non sono causa di sospensione del rapporto di lavoro e di conseguenze disciplinari, gli imprenditori con meno di 15 dipendenti, ex art. 3, comma 7, del d.l. 127/2021, hanno la possibilità di sospendere il lavoratore non in possesso del green pass. Da tale "congelamento" del potere di organizzazione del lavoro nella propria azienda, ne consegue un *vulnus* anche del principio di libertà di iniziativa economica ex art. 41, comma 1, Cost. e un aumento del rischio di impresa. L'effetto prodotto dal decreto-legge n. 127/2021 potrebbe, pertanto, rivelarsi contrario al fine apparente che la normativa si propone di conseguire, enunciato nella relazione al ddl 2394 di conversione, ossia quello di stimolare la ripresa dell'economia in sicurezza e nel rispetto delle garanzie costituzionali del diritto al lavoro e della libertà di impresa.

Il terzo rilievo di disproportionalità attiene alla non equivalenza economica delle misure previste dal green pass in alternativa tra loro: alla gratuità del vaccino e della certificazione di 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 e introducendo così 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 formale 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 (eguaglianza sostanziale art. 3, comma 2, Cost.).

Siamo al cospetto di un obbligo surrettizio che 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. 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 (sent. 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*» (G. Silvestri, L'individuazione dei diritti della persona, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 11).

4. Conclusioni

Il rapporto tra diritto collettivo alla salute che si presume di salvaguardare con il green pass, al netto di tutte le considerazioni prima esposte sulla “tenuta” dei vaccini sotto il profilo del contagio, e diritto al lavoro non risulta adeguatamente bilanciato dal dl 127/2021, che è assimilabile 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 127 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 modalità di somministrazione delle misure previste, 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 nella violazione dell’art. 3, comma 1, sotto il profilo divieto di discriminazione sulla base delle condizioni personali e sociali.

Tali disparità di trattamento seguono all’inasprimento delle misure di prevenzione in un contesto pandemico decisamente mutato sotto il profilo dell’incidenza nazionale del virus e che registra un

costante significativo calo di contagi: né è congruo invocare il comunicato OMS che tiene ferma la dichiarazione internazionale di emergenza pandemica, considerato che tale dichiarazione non può non tener conto dell'evoluzione del virus a livello mondiale, mentre le misure di contenimento del contagio sono proprie del diritto nazionale e devono essere adeguate, sulla base dei comuni principi transnazionali contenuti nei trattati posti a tutela dei diritti fondamentali (rispetto della vita privata e familiare, rispetto della dignità personale, principio di non discriminazione ecc.), allo stato di fatto dell'andamento dei contagi nel singolo Stato considerato e messe in relazione con il complesso dei diritti fondamentali e principi costituzionali propri di quell'ordinamento giuridico.

Inutile sottolineare gli innumerevoli profili di irragionevolezza dell'obbligo di ostensione del green pass: se il fine è il contenimento del contagio non si comprende la ratio per cui i giovani minorenni devono avere il green pass per andare in palestra o in piscina, ma non per andare a scuola; così come il lavoratore deve avere il green pass per accedere ai luoghi di lavoro o per prendere un treno interregionale, ma non per utilizzare il mezzo pubblico. 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, secondo la nota teoria della “spinta gentile” prima richiamata. Tali pungoli non sono però scevri da vincoli e da limiti.

L'obbligo di green pass esteso a tutti i lavoratori pubblici e privati, ivi compresi gli studenti (universitari, ma anche non universitari) che secondo una dottrina sono anch'essi considerati come lavoratori perché attraverso lo studio partecipano al progresso materiale e spirituale del Paese, ponendo nell'art. 1 Cost. come fondamento della Repubblica una nazione ampia di lavoro¹⁰, introduce infatti evidenti e irragionevoli disparità di trattamento e pertanto in assenza dei presupposti tecnici (accertamenti tecnico-sanitari sulla contenzione del contagio da parte dei vaccinati, dei guariti e dei soggetti sottoposti al tampone) e procedurali (assenza del presupposto di necessità, considerato che allo stato attuale può dirsi superato il periodo di emergenza pandemica tanto sul piano formale ex art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 1/2018, quanto sul piano sostanziale, come hanno dimostrato le audizioni scientifiche del 6 e 7 ottobre

¹⁰ Ci si riferisce alla teoria di Carlo Esposito: «Significa che l'ordinamento giuridico conosce (e riconosce) la importanza fondamentale che ha il lavoro in Italia e che perciò in Italia tutti devono lavorare, ricchi e poveri, indipendentemente dal bisogno personale di trarre dal lavoro il proprio sostentamento. Essa, inoltre, dando al lavoro il significato di una attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia, fa che il diritto al lavoro proclamato dall'art. 4 della Costituzione assuma una colorazione pubblicistica. Infine la proclamazione che il lavoro (tutte le specie di lavoro di cui all'art.4) è a base dell'esistenza della Repubblica giustifica che siano in particolare tutelate quelle forme di lavoro e quei lavoratori che ne hanno maggior bisogno; e che sia affermato che quei lavoratori manuali o in genere subordinati, che storicamente sono stati esclusi dalla direzione economica e politica del paese, abbiano diritto di parteciparvi» (C. Esposito, *Commento all'art.1 della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, e in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, da cui la citazione a p.12).

2021¹¹), il ddl 2394 di conversione del dl 127/2021 andrebbe respinto o, in alternativa, radicalmente riformulato perché adottato in violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 32, 33, 34, 36, 41, 77 Cost.

Si auspica pertanto una pronta modifica di detto provvedimento, anche alla luce delle risultanze scientifiche illustrate nell'audizione del 6 e 7 ottobre 2021, considerato che ormai si versa in una situazione di diffusione del virus più bassa d'Europa e optando per una campagna vaccinale mirata ai soli soggetti a rischio (anziani e pluripatologici) che sono quelli sui quali si è dimostrata la positiva ricaduta in termini di costi/benefici della somministrazione del vaccino, vale a dire l'abbassamento del rischio di sviluppare la malattia con sintomatologia grave. Nel mentre occorre sospendere qualunque ipotesi di estensione della vaccinazione ai bambini e agli adolescenti, considerato che questi ultimi sono per lo più asintomatici oppure si contagiano in forma non grave.

Nel caso in cui, nonostante l'evidente non adeguatezza del mezzo (il green pass) rispetto al fine (garantire la ripresa economica in "sicurezza") come ampiamente dimostrato da autorevoli scienziati nel corso delle audizioni del 6 e 7 ottobre, il legislatore ritenesse di tener fermo il green pass, alcune delle evidenziate disparità potrebbero essere ridotte nell'impatto sulla minoranza dei non vaccinati, prevedendo almeno questi due emendamenti-base:

- prevedere la 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 lavoro a distanza senza obbligo di green pass.

Sotto quest'ultimo profilo, un'interpretazione in senso restrittivo sarebbe illogica perché in contrasto con il fine del decreto-legge 127 che impone l'obbligo del green pass per "accedere" ai luoghi di lavoro, non per l'esercizio dell'attività lavorativa ove la stessa si svolga al di fuori dei luoghi di lavoro. Ragionando in senso opposto, significherebbe trasformare il green pass stesso in uno strumento punitivo nei confronti di abbia scelto di esercitare il proprio diritto di rifiutare un trattamento sanitario non obbligatorio, introducendo di fatto un obbligo vaccinale surrettizio, illegittimo per carenza dei necessari presupposti (nella specie quegli accertamenti tecnico-scientifici). Il green pass, come efficacemente sostenuto dal prof. Agamben, diventerebbe il premio per l'adesione a un obbligo vaccinale surrettiziamente imposto.

¹¹ Ricordiamo che il prof. Leopoldo Salmaso nell'audizione del 7 ottobre 2021 ha precisato che l'emergenza pandemica è terminata sulla base del rischio di contagio che corre un lavoratore non vaccinato che è pari a 1/18.000

In questo senso, affinché possa dirsi pienamente rispettato il principio di ragionevolezza, il vaglio di legittimità del ddl 2394 di conversione del green pass, 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)¹², 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, 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 che investono il fondamento giuridico del greenpass:

- Carenza dei presupposti di necessità e urgenza dei decreti legge 105, 111, 127;
- 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 scientifica¹³;
- 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

¹² 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.

¹³ A. Mangia, Si caelum digito tetigeris..., cit., pp. 434 ss.)

sono i tamponi, essendo ormai acclarato che i vaccinati al terzo mese dalla seconda dose contagiano in modo eguale ai non vaccinati¹⁴;

- 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.

In conclusione, 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”*, viene confermata e richiamata come indirizzo interpretativo delle fonti del diritto della pandemia e dei loro effetti sulla *“tutela «sistemica e non frazionata» dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione”*.

Parafrasando Giorgio Orwell, nel nostro ordinamento non esistono “diritti più fondamentali di altri” e pur in momenti di crisi è nell’ordine costituzionale che va ricercata la “bussola”.

¹⁴ Si veda la relazione di Marco Cosentino per l’audizione del 7 ottobre 2021, pubblicato sul sito della Commissione (link: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/421/389/COSENTINO.pdf)