

Green pass e obbligo vaccinale

Autore: Capolupo Carmela

In: Diritto civile e commerciale

Sommario: 1. Le condizioni di legittimità dell'obbligo vaccinale nella Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale: il principio di solidarietà, il limite del rispetto della persona umana, la riserva di legge, la residualità del modello impositivo. - 2. La problematica legittimità dell'obbligo generalizzato in relazione all'emergenza covid-19. - 2.1 La sperimentazione dei vaccini anticovid: una condizione pregiudiziale. - 2.2 Autodeterminazione e solidarietà nell'incertezza del dato scientifico. - 2.3 Discrezionalità del legislatore e residualità del modello impositivo. - 2.4 Il principio di precauzione. - 3. La disciplina del green pass. - 4. Conclusioni

1. Le condizioni di legittimità dell'obbligo vaccinale nella Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale: il principio di solidarietà, il limite del rispetto della persona umana, la riserva di legge, la residualità del modello impositivo.

L'art.32 Cost. declina la tutela della salute nella duplice dimensione di diritto fondamentale, individuale e soggettivo, di cui è titolare il singolo e di interesse sociale e oggettivo, di cui è titolare la collettività. In funzione di quest'ultimo, la seconda parte della disposizione consente al legislatore l'imposizione di trattamenti sanitari, delimitandone la discrezionalità attraverso una riserva di legge rinforzata dal limite del rispetto della persona umana.

Il diritto alla salute si delinea con la fisionomia propria di tutti i diritti fondamentali, ovvero con quelle caratteristiche in cui si riflette la centralità che la Costituzione ha inteso conferire alla persona umana. Ne consegue che il diritto alla salute del singolo, nella sua duplice valenza di diritto ad esigere una prestazione per curarsi e di libertà non curarsi, è dotato di una sua autonoma connotazione, segnatamente personalista, rispetto alle finalità ascrivibili agli interessi della collettività. Tale connotazione ci induce a escludere che il diritto/libertà alla salute possa assumere un carattere subalterno o servente rispetto alla realizzazione della finalità sociale.

Alcuni elementi a sostegno del carattere primario e assoluto del diritto alla salute possono trarsi dalla giurisprudenza costituzionale.

Nella sentenza 26 luglio 1979, n.88 si afferma che il bene afferente alla salute «è tutelato dall'art. 32 Costituzione non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione».

In termini analoghi si esprime la Corte con la sentenza 14 luglio 1986.n.184, nella quale, peraltro, può cogliersi una significativa affermazione laddove si dice che «La lettera del primo comma dell'art. 32 Cost., [...] fa precedere il fondamentale diritto della persona umana alla salute all'interesse della collettività alla medesima», quasi a rimarcare la priorità dell'interesse individuale su quello collettivo.

Sarebbe plausibile dedurre che la rotta tracciata dalla Corte costituzionale possa e debba orientare il legislatore nella ricerca di un equilibrio ragionevole tra due istanze potenzialmente confliggenti: da un alto, il diritto di autodeterminarsi, eventualmente rifiutando le cure, dall'altro, gli interessi della comunità. Nel bilanciamento tra le due componenti del diritto alla salute in termini di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, il valore da ascrivere all'interesse della collettività andrebbe ponderato alla luce del principio di solidarietà di cui all'art.2 Cost., secondo un orientamento largamente condiviso e ripreso di recente proprio con riferimento al tema degli obblighi vaccinali.

È stato in proposito rilevato che dalla formulazione dell'art.32 Cost. nessuna esplicita interferenza può scorgersi tra doverosità della cura e adempimento dei doveri di solidarietà di cui all'art.2 Cost.[1] Il rilievo sociale della tutela accordata alla salute non sembra potersi delineare come una delle possibili esplicazioni del principio di solidarietà in quanto tale, al quale ancorare la doverosità della cura.

In questa prospettiva, si evidenzia come l'impianto complessivo della Costituzione repubblicana, contrariamente a quanto consente per il catalogo dei diritti, esclude che si possano generare doveri costituzionali per effetto di una clausola aperta. Nella tassatività dei doveri costituzionali si riflette il principio della certezza del diritto, in forza del quale i doveri di cui all'art.2 Cost. coincidono con il novero di quelli esplicitamente previsti in Costituzione. A maggior ragione è da escludersi l'idea di un catalogo aperto di doveri costituzionali, indeterminati e indeterminabili ex ante, quando potenzialmente idonei a interferire con le libertà fondamentali, limitandone la piena esplicazione[2].

Responsabilità e solidarietà

Sta di fatto che l'idea della solidarietà destinata ad esaurirsi nell'adempimento dei doveri giuridicamente imposti appare decisamente riduttiva del rilievo che la Costituzione ha riservato alla dimensione sociale dell'uomo, con l'intento di imprimere uno dei punti di svolta più dirompenti rispetto al precedente assetto e, segnatamente, rispetto all'individualismo proprio dello stato liberale.

Coerente con questa aspirazione, il principio di solidarietà deve potersi espandere con una sua autonoma identità, oltre il novero degli obblighi di solidarietà giuridicamente coercibili, proiettandosi in una

dimensione in cui i singoli cui si riferisce l'art.2 Cost. non sono solo soggetti di diritto, ma anche individui che con altri condividono il comune senso di appartenenza alla medesima comunità[3].

Tuttavia, anche in questa più ampia accezione, il principio di solidarietà non postula un generico dovere di curarsi e mantenersi sani, non può astrattamente invocarsi a fondamento di obblighi giuridici in materia vaccinale, se non in presenza di un fondato pericolo per la collettività e nel rispetto della persona umana, un limite invalicabile dinanzi al quale anche l'interesse collettivo è destinato a recedere, così come recede se dalla imposizione derivi un *vulnus* per la salute del singolo.

In questi termini, all'indomani dell'entrata in vigore della legge 31 luglio n.217 di conversione del decreto legge 7 giugno 2017 n.73 (decreto Lorenzin, disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale), parte della dottrina ha ravvisato nel principio di solidarietà sociale il fondamento delle misure che sancivano l'obbligatorietà di alcuni vaccini[4].

Analogamente, in occasione della emergenza covid, il rilievo del principio solidaristico in materia di vaccini obbligatori e, più in generale, in materia di misure di contenimento, è stato invocato a sostegno della prevalenza dell'interesse collettivo sulla componente individualistica del diritto, nella sua accezione di solidarietà orizzontale o "fraterna"[5], distinta dalla solidarietà istituzionale o verticale, ovvero in una dimensione in cui i soggetti privati si adoperano a favore di altri soggetti ritenuti vulnerabili. Una dimensione che trascende la letterale formulazione dei doveri di solidarietà di cui all'art.2 Cost., saldamente ancorati al novero di quelli giuridicamente coercibili, per ricondursi al singolo in quanto membro della collettività e in conseguenza del suo riconoscersi parte di una comunità. In questa prospettiva la percezione della doverosità della condotta individuale non muove da una imposizione, bensì dal convincimento che quel comportamento corrisponda ad un interesse sociale che si eleva a valore giuridico, indipendentemente dall'esserci o meno un obbligo.

Al di fuori di questa cornice, l'imposizione generalizzata di un trattamento a persone maggiorenni e capaci, priva di precedenti nella nostra esperienza, si rivelerebbe *in re ipsa* illegittima, ponendosi in contrasto con il principio di autodeterminazione e, prima ancora, con quello del consenso informato, la cui ragion d'essere - informare per scegliere come curarsi o di non curarsi - risulterebbe del tutto vanificata, non essendovi scelte da compiersi.

La dimensione "non autoritaria" della solidarietà, espressione della innata vocazione sociale dell'uomo, se per un verso più adeguatamente si presta a bilanciare la limitazione della componente individualista del diritto alla salute, per altro verso è destinata a sollevare non pochi dubbi. In particolare, se la doverosità della condotta in cui si esprime la solidarietà "fraterna" è percepita in ragione dell'appartenenza ad una comunità, sarebbe lecito interrogarsi sulle garanzie di effettività di comportamenti rimessi esclusivamente alla spontaneità di chi li pone in essere, sulle modalità di verifica degli adempimenti delle obbligazioni solidali, nonché sui meccanismi di tutela in termini di copertura giudiziale da parte del legislatore e del giudice, una esigenza irrinunciabile anche in assenza di un obbligo[6].

In che termini possiamo immaginare una politica di incentivazione dei comportamenti solidali ? Si può ipotizzare un sistema di misure sanzionatorie in nome di una immunità di gregge intesa come bene comune o bene pubblico ?[7]

Il nesso tra dovere di cura del singolo e solidarietà in materia di obblighi vaccinali è stato in più riprese approfondito dal giudice costituzionale che ha da sempre inquadrato il tema nella cornice della solidarietà sociale, come criterio di bilanciamento tra l'istanza individualista e l'interesse collettivo, a condizione che il trattamento sia diretto a preservare lo stato di salute di chi è assoggettato alla misura sanitaria, oltre che quello della comunità.

Con la storica sentenza 14 giugno 1990, n.307, nel ribadire lo stretto legame tra autodeterminazione e diritto di ciascuno alla salute, in quanto diritto fondamentale, si pone l'accento sulla reciprocità del principio di solidarietà, destinato ad operare dal singolo verso la collettività, ma anche da quest'ultima verso il singolo. Alla possibile limitazione del diritto del singolo di autodeterminarsi, conseguenza dell'obbligo vaccinale, corrisponde il sacrificio che la collettività deve patire quando al singolo sottoposto al trattamento derivi un danno ulteriore e diverso da quelle conseguenze temporanee e di lieve entità, normalmente associate a qualsivoglia terapia. Il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività implica la possibile limitazione del diritto del singolo ma «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri».

Con la successiva sentenza 2 giugno 1994, n.218, la Corte ribadisce che la salute assurge a diritto fondamentale della persona, costituzionalmente protetto e tutelato in modo da operare sia in ambito pubblicistico che nei rapporti di diritto privato, la cui esplicazione incontra un limite nel coesistente diritto degli altri ad uguale protezione. Nella fattispecie la Corte è stata chiamata a decidere sulla questione inerente gli accertamenti sanitari obbligatori per i soggetti preposti a determinate attività ad alto rischio di contagio.

La sentenza 23 giugno 1994, n.258, pur dichiarando l'inammissibilità della questione sollevata con riferimento alla normativa sulla vaccinazione obbligatoria contro l'epatite B, richiama il legislatore affinché, compatibilmente con la esigenza generalizzata di vaccinare alla luce delle conoscenze mediche, siano individuati e siano prescritti in termini normativi, specifici e puntuali, gli accertamenti preventivi idonei a prevedere e a prevenire i possibili rischi di complicanze.

Lo stesso principio viene ribadito con la sentenza 18 aprile 1996, n.118. Ancora una volta, la Corte, affrontando il tema degli indennizzi, precisa che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri», e ravvisa nel necessario collegamento tra la previsione dell'obbligo vaccinale e la indennizzabilità del pregiudizio da esso eventualmente derivante una condizione di legittimità della legge. In queste ipotesi, in cui la tutela della salute rileva per il profilo della integrità psico-fisica della persona, la solidarietà implica un obbligo «avente carattere speciale», al quale «corrisponde una pretesa protetta direttamente dalla Costituzione», un «obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall'intera collettività». Una condizione che la Corte distingue nettamente dalla ordinaria pretesa risarcitoria di cui all'art.2043 c.c.

In termini diversi opera la solidarietà quando la tutela della salute investe il profilo della pretesa a un trattamento sanitario, la cui realizzazione è rimessa alla implementazione legislativa di una norma costituzionale programmatica, subordinatamente al bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti e compatibilmente con le risorse disponibili. In questa ipotesi, in nome della solidarietà, la collettività si fa carico delle conseguenze di eventi che non dipendono da decisioni assunte nel proprio interesse, limitandosi ad operare nel campo del dovere di aiutare coloro che si trovano in difficoltà per una qualunque causa.

La sentenza 26 febbraio 1998, n.27 si colloca nel solco di una sostanziale continuità con i precedenti giurisprudenziali, laddove si esclude che dagli art.2 e 32 della Costituzione si possa desumere un principio che richiede al singolo di esporre «a rischio la propria salute per un interesse collettivo, senza che la collettività stessa sia disposta a condividere, come è possibile, il peso delle eventuali conseguenze negative».

La decisione si segnala anche per un importante punto di svolta: ricorrendo a un dispositivo di tipo additivo, la Corte estende l'obbligo dell'indennizzo anche alle vaccinazioni non obbligatorie, ritenendo irrazionale un trattamento normativo differenziato in ragione della scelta operata dal legislatore tra trattamenti imposti e trattamenti raccomandati[8].

Con la sentenza 18 gennaio 2018, n.5, la Corte decide la questione di legittimità del decreto legge 7 giugno 2017, n.73, convertito in legge 31 luglio 2017, n.119.

Una delle censure mosse alla normativa impugnata si incentra sulla scelta del modello impositivo piuttosto che su una promozione della campagna condotta attraverso il convincimento e la persuasione, vale a dire con modalità ritenute più idonee a garantire il giusto equilibrio tra autodeterminazione individuale e interesse della collettività.

La Corte respinge la questione sulla base della natura discrezionale della scelta tra soluzioni diverse sulle quali il legislatore è libero di orientarsi, in assenza di un modello costituzionalmente obbligato. Tuttavia, si legge nella sentenza, la discrezionalità del legislatore è pur sempre condizionata dalla situazione sanitaria

ed epidemiologica in base alle risultanze delle autorità preposte e della ricerca medica in continua evoluzione. Probabilmente l'intento è quello di ridimensionare la pervasività dell'obbligo vaccinale nella misura in cui è suscettibile di operare per un tempo limitato, in sintonia con quanto lo stesso decreto legge prevede. La qual cosa, a ben vedere, anziché limitare la discrezionalità, rischia di ampliarla, potendo il legislatore confidare nella eventualità di futuri interventi sorretti dai progressi della scienza.

In merito al passaggio dal regime della raccomandazione a quello obbligatorio, sancito per alcuni vaccini, la Corte svolge una valutazione che non è andata esente da riflessioni critiche della dottrina. Nell'intento di contenere la portata innovativa della legge impugnata, la Corte si sofferma sulla distinzione tra obbligo e raccomandazione per sostenere che in ambito medico i due concetti non sono tanto diversi quanto lo sono in ambito giuridico: «in ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico». È indubitabile che in alcuni settori le competenze tecnico - scientifiche hanno assunto nel tempo un rilievo dirimente rispetto alla tutela dei diritti fondamentali; in proposito è sufficiente porre mente al tema del consenso informato, anche alla luce della legge 22 dicembre 2017, n.219, dove è tangibile la reciproca dipendenza tra categorie mediche e giuridiche. Indubbio è, altresì, che il decreto legge 7 giugno 2017, n.73 si colloca in una dimensione esclusivamente giuridica in cui l'obbligo è assunto nel suo significato giuridico[9].

Nel contributo della giurisprudenza il rinvio al principio di solidarietà è in larga misura operato in funzione del riconoscimento dell'equo indennizzo alle persone danneggiate dal trattamento. Un profilo, quest'ultimo, che chiama in campo una ulteriore e non marginale condizione di legittimità con la quale le scelte di politica legislativa dovranno necessariamente misurarsi. Ci si riferisce al "principio di precauzione", la cui portata, spingendosi ben oltre la sua originaria formulazione mutuata dall'ordinamento dell'UE[10], investe molteplici profili della gestione dell'emergenza sanitaria, dalle misure limitative della libertà di circolazione, alla campagna vaccinale.

La clausola del rispetto della persona umana assume un contenuto complesso che la Costituzione non fissa in un modello prestabilito, prefigurando, piuttosto, un concetto storicamente determinantesi e, dunque, capace di accogliere qualsiasi istanza riconducibile al patrimonio della dignità nella sua mutevolezza, in ragione delle circostanze, del progresso, della sensibilità e della coscienza sociale.

All'osservanza del limite si ascrive il rispetto delle opinioni, dei convincimenti religiosi, della riservatezza sullo stato di salute, il dovere di informare il paziente; un profilo, quest'ultimo, che più di ogni altro riflette la storicità del limite del rispetto della persona umana, la cui elasticità ha consentito di ricomprendervi l'evoluzione che sul piano culturale e giuridico ha acquisito il consenso informato[11], fino alla sua inclusione tra i principi costituzionali[12].

La potenzialità espansiva della clausola e i contenuti che vi si possono ricondurre nella prospettiva storica, rimandano alla centralità del principio personalista. In virtù di questo legame, dal rispetto della persona umana discende il divieto di imporre trattamenti sanitari che non perseguono la finalità della salute del singolo, oltre che della collettività, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale; a maggior ragione discende il divieto di trattamenti sanitari con finalità di sperimentazione. Inoltre, la Corte costituzionale ha ricondotto al limite dell'art.32 Cost. il diritto alla riservatezza sullo stato di salute e il diritto al «mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato»[13].

Il legame con il principio personalista e, segnatamente, con l'inviolabilità dei diritti, configura il rispetto della persona umana come un limite invalicabile, in quanto connotato essenziale e fondante dell'assetto costituzionale. In estrema sintesi, 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 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[14].

Il limite del rispetto della persona umana rinforza la garanzia della riserva di legge sulla quale i profili controversi si incentrano sulla natura assoluta o relativa della stessa e sulla possibilità che possa ritenersi soddisfatta dal ricorso alla decretazione d'urgenza.

Quanto alla natura della riserva, dal contributo della dottrina non si evince un orientamento unanime. A prediligere la natura assoluta si sarebbe indotti dalla formulazione della disposizione, non solo per la locuzione «per disposizione di legge», ma anche per il riferimento al trattamento sanitario «determinato» che, rimandando all'idea di una disciplina compiuta, escluderebbe l'intervento di ulteriori fonti normative.

Resta da chiedersi se la riserva è da intendersi come riserva di legge formale o se, viceversa, è consentito al decreto legge disporre trattamenti obbligatori. La domanda rischia di apparire superflua per almeno due ordini di motivi: in primis, perché si ritiene che una riserva di legge sia soddisfatta anche da un atto ad essa equiparato che comunque contempla un passaggio nella aule parlamentari; in secondo luogo perché nel 2017 il decreto Lorenzin ha introdotto un ampio novero di vaccinazioni obbligatorie, superando il vaglio della Corte costituzionale anche per il profilo relativo alla sussistenza dei presupposti del decreto legge. Tuttavia, nella peculiarità dell'emergenza in atto, l'interrogativo si ripropone con una ragion d'essere che prescinde dai presupposti del decreto legge, per investire la trama che si verrebbe a creare tra l'incertezza del dato scientifico, la provvisorietà del decreto legge e la irreversibilità degli effetti in caso di mancata conversione[15].

A ciò si deve aggiungere una ragione di carattere sostanziale che milita a sostegno dell'intervento del Parlamento, riconducibile al rilievo della materia e, conseguentemente, alla necessità della valutazione da parte dell'opinione pubblica per il corretto funzionamento del fisiologico circuito controllo - responsabilità politica.

Nel tracciare i confini dell'obbligo vaccinale, andrebbe altresì evidenziato che dalla formulazione della disposizione costituzionale discende il carattere del tutto eccezionale dell'intervento impositivo del legislatore: «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», la regola generale vieta l'imposizione del trattamento, l'imposizione della cura rappresenta la deroga, come soluzione residuale a fronte della impossibilità di esperire altri rimedi.

Sembra dunque plausibile trarre dall'art.32 Cost. una implicita indicazione preferenziale per modelli non impositivi che, peraltro, non necessariamente si distinguono per la non obbligatorietà del trattamento. Un modello non impositivo può anche disciplinare l'obbligo vaccinale, ma a condizione di attenuarne l'impatto sulla limitazione delle libertà individuali, non solo con la previsione di sanzioni ragionevoli ma, soprattutto, attraverso una serie di misure che contemplino motivi di esenzione ulteriori rispetto a quelli strettamente medici, si pensi a motivi legati al proprio credo religioso o alle proprie convinzioni filosofiche, ecc... D'altro canto, a parte le indicazioni desumibili dalla letterale formulazione dell'art.32 Cost., non si può non tener conto della crescente valorizzazione accordata negli ultimi anni ai diritti di autodeterminazione, lo dimostrano l'approvazione della legge sulle DAT e l'attuale dibattito sui diritti del fine vita, tutte istanze che spingono nell'unica direzione possibile, ossia quella di un «diritto mite», che più adeguatamente riflette l'interpretazione sistematica degli artt.2, 3, 13 e 32 della Costituzione.

2. La problematica legittimità dell'obbligo generalizzato in relazione all'emergenza covid-19

Nel quadro dei principi messi a fuoco in dottrina e in giurisprudenza possono cogliersi alcuni punti di convergenza intorno ai quali delimitare l'area del legittimo intervento del legislatore, con l'intento di verificare se, allo stato attuale, ricorrono i presupposti per operare nel solco tracciato dall'art.32 Cost. In proposito, sembra opportuno evidenziare che il tema dei trattamenti sanitari obbligatori è stato affrontato in via giurisprudenziale con prevalente riferimento a una cerchia di destinatari limitati ai minori o a persone affette da disagi psichici, laddove un obbligo vaccinale generalizzato, destinato a persone maggiorenni e capaci, colloca il problema in una prospettiva del tutto inedita rispetto alla consolidata giurisprudenza in materia[16].

Ciò premesso, la discrezionalità del legislatore si dispiega in un ambito delimitato da una serie di paletti che possiamo sintetizzare intorno ai seguenti punti:

- l'esserci una situazione di pericolo per la collettività;
- in ragione delle libertà che si vanno a limitare con l'imposizione dell'obbligo, l'intervento del legislatore deve rispondere ai canoni della adeguatezza, proporzionalità, ragionevolezza rispetto agli obiettivi che si propone;
- l'obbligo vaccinale dovrebbe essere una scelta residuale, in mancanza di soluzioni alternative, alla quale andrebbero preferiti modelli non impositivi;
- l'osservanza del principio di precauzione nella valutazione del rischio;
- la previsione di un equo ristoro per i danni derivanti dalla somministrazione del vaccino;
- l'acquisizione del consenso al trattamento presuppone una informazione chiara ed esaustiva, tale da rendere edotti i destinatari sui vantaggi e i rischi;
- l'obbligo vaccinale dovrebbe essere imposto con legge, vincolata al rispetto della persona umana.

Delle condizioni innanzi evidenziate, l'unica non revocabile in dubbio è la sussistenza di un rischio per la collettività. I criteri alla stregua dei quali si suole definire la condizione di pericolo per la incolumità collettiva ricorrono tutti, confluendo nella dimensione pandemica della diffusione: dalla capacità lesiva, alla indeterminatezza delle vittime potenziali. Per inciso, e al di là degli elementi definitivi in senso stretto, sarebbe poi doveroso chiedersi in che misura il rischio sociale sia da ricondurre anche alla inadeguatezza delle strutture sanitarie, ovvero non a un evento naturale, ma alla conseguenza di politiche sanitarie poco avvedute[17]e, più in generale, ad una serie di fallimenti istituzionali[18].

2.1 La sperimentazione dei vaccini anticovid: una condizione pregiudiziale

L'accertamento sulla sussistenza di tutte le altre condizioni non può prescindere dalla peculiarità della procedura di autorizzazione dei vaccini attualmente in uso, trattandosi di un presupposto che ne condiziona pregiudizialmente la stessa possibilità di venire in esistenza.

Se così fosse, a fronte della materiale irrealizzabilità delle condizioni che tracciano i confini della discrezionalità legislativa in materia, il problema della legittimità dell'obbligo vaccinale si sdrammatizzerebbe riducendosi a ben poca cosa: fino a quando la campagna vaccinale procederà sulla base di una autorizzazione condizionata, non potrà esserci l'imposizione di un obbligo conforme a Costituzione. Cosa della quale sembra ben consapevole anche il Presidente del Consiglio che recentemente subordinava alla autorizzazione definitiva dei vaccini l'eventualità di un obbligo generalizzato[19].

Per meglio inquadrare la questione che si pone in termini di pregiudizialità, è opportuno soffermarsi su alcune precisazioni terminologiche, anche per sgomberare il campo da una serie equivoci generati da un linguaggio improprio che, tra le altre cose, definisce erroneamente i vaccini attualmente in circolazione

come sperimentali.

In proposito va precisato che, in ragione della situazione di emergenza e della necessità di intervenire in tempi brevi, i vaccini anticovid sono stati sottoposti a una particolare procedura di sperimentazione, parzialmente diversa nella sequenza temporale dalla procedura normale, nota come sperimentazione in fast-track o partial overlap[20]. La normativa di riferimento in materia, di derivazione UE[21], prevede il rilascio dell'autorizzazione standard all'esito di una serie di accertamenti preceduti da un primo test preclinico, volto ad escludere la tossicità sugli animali. Successivamente, la prima fase accerta la non tossicità sull'uomo, la seconda fase testa l'efficacia, la terza fase valuta l'efficacia del vaccino in rapporto ai farmaci esistenti, nonché il rapporto /costi benefici. A conclusione di questa verifica viene rilasciata l'autorizzazione standard e, contestualmente, inizia a decorrere l'ultima fase della durata di cinque anni, destinata alla farmacovigilanza successiva.

Nella sperimentazione ordinaria l'avvicendamento delle fasi in cui si articola la procedura segue un principio di sequenzialità, in base al quale l'avvio di ciascuna fase è subordinato alla conclusione di quella precedente. Viceversa, nella sperimentazione partial overlap le fasi della procedura si svolgono in parziale sovrapposizione, ciascuna fase si avvia poco dopo l'inizio di quella precedente, con il risultato di accelerare i tempi senza sovrapporre completamente le fasi della procedura.

È opportuno evidenziare che è lo stesso Regolamento (CE) 29 marzo 2006, n.507, a precisare che l'autorizzazione condizionata si rilascia sulla base di dati meno completi[22], specificando, altresì che «l'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata è rilasciata prima che tutti i dati siano disponibili»[23]. Tra i fattori di velocizzazione della procedura fast track possiamo dunque annoverare, tra gli altri: la possibilità di procedere sulla base di dati incompleti, la facoltà concessa ai produttori di fornire i dati in un momento successivo al rilascio dell'autorizzazione, lo svolgimento in parallelo delle fasi della procedura di sperimentazione, la produzione del vaccino contestualmente alla procedura di autorizzazione[24]. Ne consegue che l'autorizzazione condizionata, basandosi su elementi provvisori, ha una durata limitata nel tempo che il Regolamento fissa in dodici mesi. In base al punto (6) del Considerando «essa non è tuttavia destinata a rimanere condizionata a tempo indeterminato. Quando vengono forniti i dati mancanti dovrebbe piuttosto essere possibile sostituirla con un'autorizzazione all'immissione in commercio non condizionata, vale a dire non subordinata ad obblighi specifici »[25].

Il regime differenziato previsto per il rilascio dell'autorizzazione condizionata potrà non essere un elemento discriminante per etichettare i vaccini anticovid come sperimentali, ma nemmeno consente di identificarli come vaccini sperimentati, in base alla completezza della procedura standard che si chiude con una autorizzazione definitiva, seguita da un quinquennio di farmacovigilanza. Tra le due procedure esiste una oggettiva differenza ed è superfluo precisare che tutte le vaccinazioni obbligatorie «di vecchio conio»[26] sono state sempre disposte sulla base delle risultanze di ricerche, studi e sperimentazioni più che consolidate nel tempo.

In ciò sta il limite che si oppone all'obbligo vaccinale generalizzato. Trattandosi di un limite sostanziale,

che di fatto preclude il venire in essere di tutte le altre condizioni cui è subordinata la prescrizione di un obbligo vaccinale, poco rileva se «un'autorizzazione condizionata rappresenta a tutti gli effetti un'autorizzazione formale»[27].

2.2 Autodeterminazione e solidarietà nell'incertezza del dato scientifico

Essendo inconfutabile la prima condizione, ossia l'esistenza di un pericolo per la collettività, la valutazione successiva che il legislatore sarebbe chiamato a svolgere si incentra sulla stima del rischio, dovendo bilanciare l'autodeterminazione del singolo e l'interesse della collettività. Ma come potrebbe il legislatore pesare il rischio sulla base di risultanze scientifiche incomplete e provvisorie? E come si misurano adeguatezza e proporzionalità delle limitazioni imposte all'habeas corpus rispetto all'obiettivo della tutela della salute collettiva nella impossibilità di una valutazione attendibile tra rischi - benefici?

Sulla valutazione dell'interesse della collettività un ulteriore spunto di riflessione può trarsi dalla recente decisione del CDC (Centers for Disease Control and protection) che è impegnato nella revisione dei termini in relazione alla efficienza dei vaccini covid -19 che non presentano una efficacia del 100%[28]. Nell'intento di favorire una informazione quanto più possibile trasparente, il CDC ha mutato la definizione di vaccinazione, in un primo momento qualificata come l'atto di introdurre un vaccino nel corpo per produrre immunità a una specifica malattia, sostituendo il termine immunità con protezione[29]. La differenza tra protezione e immunità non è del tutto neutrale sulla ponderazione dell'interesse collettivo, è innegabile che la finalità della protezione rispetto a quella dell'immunità spinge a ridimensionare la componente dell'interesse sociale del diritto alla salute a vantaggio di quella individuale, riflettendosi in una criticità ulteriore sulla strada dell'obbligo vaccinale[30].

2.3 Discrezionalità del legislatore e residualità del modello impositivo

Nella scelta tra modelli impositivi e pratiche di persuasione, come in tutte le scelte di politica sanitaria, la discrezionalità del legislatore è in larga misura orientata dal dato scientifico, secondo una costante giurisprudenza[31] dalla quale, tuttavia, non è consentito trarre un generale principio di prevalenza della scienza. Se così non fosse, la decisione politica si esaurirebbe interamente nel dato scientifico e la scienza resterebbe l'unico parametro di legittimità della produzione legislativa.

Ancora una volta la Corte costituzionale prova a tracciare i confini della discrezionalità politica: «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 e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici"; o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»[32].

È indubbio che una legge che non tenesse conto delle risultanze della scienza medica si risolverebbe in un atto illegittimo per violazione indiretta dell'art.32 Cost.[33], ma, come la Corte costituzionale ci indica, «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».

Secondo il giudice costituzionale il legislatore non può stabilire quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni, salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali. Quest'ultimo inciso traccia la linea di demarcazione tra il sapere scientifico e la decisione politica, un confine che non è e non potrebbe essere fisso: la discrezionalità del legislatore si espande o si contrae anche in rapporto al livello di certezza delle risultanze della scienza medica, alla loro condivisione nell'ambito della comunità scientifica, suscettibile di mutare nel tempo in ragione della continua evoluzione della ricerca.

Più attendibili, verificati e condivisi sono i dati scientifici, più limitato risulterà il margine di scelta politica. Viceversa, quando le risultanze scientifiche non sono pienamente verificate, quando non si dispone di dati certi circa l'efficacia e gli effetti di lungo termine della terapia, quando nella comunità scientifica emergono opinioni contrastanti, lo spazio della decisione politica deve necessariamente espandersi per garantire le cautele necessarie, in primis per vigilare sulla imparzialità degli organismi nazionali e sovranazionali tramite i quali si acquisiscono i dati scientifici posti a fondamento delle scelte politiche.

La politicità della decisione implica per sua natura che la scelta legislativa sia il prodotto di una valutazione complessa in cui il presupposto scientifico va rapportato ad una serie di variabili che spaziano dal contesto culturale a quello sociologico, a quello economico[34]. A ragionare diversamente, a ritenere cioè che la discrezionalità legislativa si riduca a quella meramente tecnica, si finisce per non comprendere quali debbano essere i parametri alla stregua dei quali valutare le scelte legislative in base ai consolidati canoni giurisprudenziali di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza.

2.4 Il principio di precauzione

Considerazioni in parte analoghe possono svolgersi con riferimento al principio di precauzione che si impone in quelle situazioni di pericolo caratterizzate dalla carenza di dati certi sul piano scientifico a sostegno della prescrizione o del divieto di comportamenti che, nell'incertezza delle risultanze scientifiche, si presume possano generare un rischio. In estrema sintesi, il principio di precauzione può assumersi come un criterio guida nel bilanciamento di contrapposte esigenze in situazioni di incertezza sul piano scientifico.

Va però sottolineato che il principio non funziona a senso unico[35], prescrivendo o vietando determinate condotte; proprio per la carenza di evidenze scientifiche inconfutabili, esso opera altresì nella valutazione del rischio potenziale che può derivare dalle condotte che si impongono, come per esempio la

somministrazione di un vaccino, e da quelle che si vietano, come la rinuncia ad attività indispensabili per la salute psicofisica.

Ancora una volta, il decisore politico è chiamato a bilanciare in concreto, caso per caso, non già diritti potenzialmente divergenti, bensì rischi diversi. Come è stato di recente ricordato[36], il bilanciamento dei rischi è cosa ben diversa dal bilanciamento dei diritti. La scelta dei rischi sopportabili e di quelli da contenere e, conseguentemente, la scelta delle libertà da sacrificare, è l'esito di un processo decisionale in cui a giocare un ruolo determinante è, ancora una volta, il sapere scientifico ma, anche in questo caso, il margine di apprezzamento del legislatore non può passivamente esaurirsi nella mera discrezionalità tecnica. A ben vedere, il carattere distintivo delle misure adottate in via precauzionale, lungi dal ridursi ad una valutazione in termini di costi-benefici, può ravvisarsi proprio nella ponderazione tra il dato scientifico e variabili di contesto assai diverse.

Proprio perché si riducono gli spazi della tutela giurisdizionale sulle scelte legislative limitative delle libertà, diventa di cruciale importanza che la valutazione del rischio sia ispirata al principio della massima trasparenza e visibilità delle risultanze scientifiche, tenendo altresì conto di variabili come quella della accettabilità delle misure adottate da parte dei cittadini[37].

Il buon esito delle misure precauzionali e il ridimensionamento degli spazi di tutela giurisdizionale esigono un bilanciamento in termini di trasparenza dei processi decisionali di valutazione del rischio. Solo così si alimenta la fiducia dei cittadini nelle scelte del decisore politico, se ne accresce la legittimazione e si scongiura il clima di paura nel quale le strumentalizzazioni politiche hanno gioco facile[38].

Alla luce delle considerazioni svolte, molti dei dubbi sollevati in merito alla recente esperienza applicativa del principio sembrano condivisibili, a cominciare dall'osservanza dei requisiti delle misure precauzionali che la Commissione europea fissa nella proporzionalità, nella non discriminazione, nella coerenza, nel previo esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dalla inazione, nell'esame dell'evoluzione scientifica[39].

Si pensi al riguardo a tutta la vicenda relativa alla presa di posizione dell'AIFA sul vaccino astrazeneca e al susseguirsi di indicazioni contraddittorie circa l'età, il sesso, la possibilità di diversificare i vaccini tra prima e seconda dose; si pensi alla trasparenza dei meccanismi decisionali del CTS le cui deliberazioni sono rese note mediante la pubblicazione dei relativi verbali circa 45 giorni dopo le riunioni, con grave vulnus non solo per il diritto all'informazione dell'opinione pubblica, ma anche per gli organi della decisione politica e per la stessa comunità scientifica[40]; si pensi allo scudo penale richiesto e ottenuto dai produttori del vaccino e dai medici vaccinatori, alla non sempre coerente sovrapposizione di fonti normative tra livello statale e regionale in materia di misure di contenimento; si pensi, da ultimo, alla introduzione del green pass.

2.5 Il diritto all'equo ristoro e il consenso informato

Analoghe considerazioni possono svolgersi sul diritto all'equo ristoro per i danni derivanti dalla somministrazione del vaccino, un principio che, in nome della solidarietà sociale, la Corte costituzionale

ha costantemente affermato, fino ad estenderne la portata alle vaccinazioni non obbligatorie. La confutabilità del dato scientifico non solo incide sulla certezza del nesso causale tra la somministrazione del vaccino e l'evento, ma preclude, altresì, una stima attendibile sulla entità e sulla incidenza statistica del danno, venendo così a mancare il presupposto fondamentale della valutazione rischi - opportunità.

A nulla vale obiettare che non esiste vaccinazione priva di rischi, le sperimentazioni di lungo periodo e la farmacovigilanza soddisfano proprio l'esigenza di limitare quanto più possibile il rischio, di poterne calcolare l'entità e l'incidenza con una elevata attendibilità e, conseguentemente, di creare le condizioni migliori affinché se ne possa pretendere l'assunzione.

Si può anche liberamente scegliere di correre un rischio non calcolato, ma certamente non si può imporre l'accettazione di un rischio incalcolabile con una legge che pretenda di risultare conforme al dettato costituzionale che si collocherebbe al di là anche delle cosiddette "scelte tragiche" del diritto.

Si deve a ciò aggiungere che nulla muterebbe se all'autorizzazione condizionata seguisse quella standard sulla base di dati completi, ma comunque non preceduta dallo svolgimento in sequenza delle fasi in cui si articola la procedura normale. Si perviene così a una paradossale conclusione: la sperimentazione è impossibile o eterna[41].

Alla complessa valutazione del rischio si riconduce un ulteriore profilo di criticità che si oppone all'obbligatorietà del vaccino. Ci si riferisce alla acquisizione del consenso informato che, è bene ricordarlo, la Corte costituzionale pone in relazione con gli art.2, 13 e 32 Cost., quale presupposto del principio di autodeterminazione. Allo stato attuale delle conoscenze, l'imponderabilità delle conseguenze derivanti dal vaccino non consente una informazione compiuta sui vantaggi e sui rischi, come del resto dimostra il regime di deresponsabilizzazione dei produttori e degli operatori preposti alla somministrazione: due condizioni assolutamente incompatibili con l'imposizione del trattamento.

3. La disciplina del green pass

Il decreto legge 22 aprile 2021, n.52 introduce nel nostro ordinamento la certificazione verde che attesta una situazione di fatto, corrispondente alla condizione di vaccinato, di guarito dal covid o di possessore dell'esito negativo di un tampone, con validità limitata a 48 ore.

Al rilascio del green pass, in un primo momento, era subordinato l'accesso ad una serie di luoghi aperti al pubblico e, successivamente, con ulteriori interventi normativi che ne hanno esteso la portata, l'esplicazione di alcune di attività, nonché l'esercizio di una serie di diritti fondamentali, dal diritto allo studio, al diritto di svolgere la propria attività lavorativa[42].

Ai fini del corretto inquadramento dei nodi problematici sollevati dal contenuto prescrittivo della

certificazione verde è opportuno muovere da due premesse.

In primis, ad oggi il legislatore sembrerebbe essersi ben guardato dall'introdurre un obbligo vaccinale generalizzato, essendosi limitato ad alcune categorie professionali. Per quanto banale possa apparire, è bene tenere a mente che, in assenza di un obbligo, la scelta di non vaccinarsi corrisponde all'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito: il diritto di correre il rischio della malattia. Non c'è solidarietà che possa invocarsi a sostegno di una qualche forma di imposizione. Tanto è in punto di diritto, che piaccia o meno.

La seconda premessa coinvolge il sistema delle misure sanzionatorie, nella eventualità che si pervenisse all'introduzione dell'obbligo vaccinale. Secondo una opinione largamente condivisa e confermata dalla esperienza delle passate campagne vaccinali, il sistema sanzionatorio per l'inosservanza dell'obbligo non può risolversi in misure limitative dei diritti fondamentali.

In proposito, giova ricordare che, già a partire dalla legge 24 novembre 1981, n.689, veniva introdotto un regime di depenalizzazione delle sanzioni previste per l'inadempimento degli obblighi vaccinali; inoltre, fino al 1999, l'accesso alla scuola dell'obbligo per i nuovi nati, ad eccezione degli asili nido, era subordinato alla somministrazione di quattro vaccinazioni di carattere generale[43] il cui regime muta radicalmente con il DPR 26 gennaio 1999, n.355, che, pur lasciando inalterato il sistema delle sanzioni pecuniarie, peraltro irrisorie[44], consente l'accesso alla scuola dell'obbligo anche nei casi di omessa presentazione della certificazione vaccinale. Si deve a ciò aggiungere che la normativa allora vigente in materia di controlli e sanzioni, di fatto, non trovava più applicazione. Seguono lo stesso orientamento le misure del piano vaccinale 2005-2007 che consentirono ad alcune regioni di sospendere gli obblighi vaccinali.

Proprio sulla base della sostanziale attenuazione degli obblighi vaccinali registrata negli anni precedenti, con il decreto Lorenzin[45] si assiste a una inversione di rotta che però non interferisce con il sistema sanzionatorio in maniera particolarmente dirompente[46].

Come si è avuto modo di evidenziare, la Corte costituzionale, pur non censurando la disciplina del decreto, non esita ad esprimersi a favore della progressiva riduzione dell'imposizione, un meccanismo che la legge prevede limitatamente ad alcune vaccinazioni, auspicandone l'estensione anche alle altre.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la misura del green pass sembra abnorme: all'assenza di un obbligo vaccinale corrisponde un regime sanzionatorio che, fuori dalla cornice delle garanzie apprestate dall'art.32 Cost., non solo impatta sui diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, ma è ben più drastico di quanto sarebbe consentito fare a una legge che introducesse l'obbligo vaccinale entro i confini dell'art.32 Cost.

Obbligo vaccinale e green pass: simul stabunt aut simul cadent. Assenza dell'obbligo vaccinale e green pass rappresentano una contraddizione in termini: se non c'è obbligo non può esserci sanzione e se c'è

sanzione vuol dire che c'è un obbligo dissimulato, surrettiziamente introdotto sulla base di una presunzione di contagiosità del non vaccinato, peraltro smentita dalla stessa scienza, dal momento che le condizioni certificate dal green pass non costituirebbero una prova scientifica della non contagiosità.

Ne consegue un problema ulteriore che si incentra sulla irragionevole equiparazione dei presupposti cui è subordinato il rilascio del green pass. La condizione delle persone vaccinate, quella delle persone sottoposte al tampone con esito negativo e quella delle persone guarite dal covid, non sono coerentemente assimilabili rispetto alla finalità dichiarata della protezione e tutela della salute pubblica, non lo sono per esplicita ammissione della scienza.

Ma la violazione del principio di uguaglianza non si limita all'imperativo della razionalità che impone al legislatore di disciplinare uniformemente situazioni uguali e di diversificare per situazioni diverse. L'estensione del green pass all'accesso nelle scuole, nelle università, nei posti di lavoro chiama in campo valori costituzionali come il diritto allo studio che l'uguaglianza sostanziale garantisce ai capaci e meritevoli privi di mezzi. L'onerosità del tampone suggella definitivamente il green pass come una misura irragionevole rispetto alle finalità che si propone e vessatoria per quanti, nell'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato, scelgono di non vaccinarsi o che, non essendo nelle condizioni di sostenere il costo dei tamponi, si ritrovano nella impossibilità di autodeterminarsi.

Altra questione ugualmente controversa attiene al trattamento dei dati personali, alla luce dei rilievi critici formulati dal Garante sin dall'introduzione del green pass nella sua versione soft, all'indomani dell'approvazione del decreto legge 22 aprile 2021, n.52[47] e, da ultimo, con il parere reso sul disegno di legge di conversione del decreto legge 21 settembre 2021, n.127[48], destinata a riflettersi sul regime dei controlli che, contrariamente alle rassicurazioni del Ministro della salute, di fatto si esercitano attraverso un potere di polizia diffuso in capo a soggetti privi di qualsivoglia qualifica e, per di più, non preventivamente identificabili[49].

La protezione dei dati si rivela un parametro significativo del bilanciamento, potendo opporre un argine al rischio che la certificazione verde si trasformi in uno strumento di controllo di massa, interferendo altresì con il principio di autodeterminazione in campo sanitario; ma la tutela della privacy gioca un ruolo importante anche per la sua potenziale incidenza sulla propensione delle persone ad accettare la limitazione: quanto più contenuto è l'impatto sulla privacy, tanto più sostenibile risulta l'equilibrio tra la finalità della tutela della salute e le limitazioni imposte con il green pass. Proporzionalità e non discriminazione sono presupposti imprescindibili di una soluzione accettabile, ovvero di un equilibrio sostenibile nella misura in cui la promozione della libertà avrebbe reso sopportabile il sacrificio da patire, sul modello del green pass introdotto dalla normativa europea [50], con il limitato scopo di promuovere la circolazione tra gli stati membri attraverso la certificazione delle vaccinazioni nazionali.

Come è stato evidenziato, la differenza tra la soluzione legislativa adottata in Italia e il modello europeo assumerebbe rilievo giuridico sul piano teorico e applicativo[51]: la certificazione europea si limita a una funzione informativa finalizzata ad agevolare la circolazione nei paesi UE, evitando la quarantena, dunque

una natura meramente informativa, laddove nella legislazione italiana le conseguenze del green pass assumono carattere normativo-prescrittivo. Muovendo da questa premessa si è puntato l'indice sulla legislazione italiana, anche per la presunta violazione della normativa europea, con specifico riferimento al Regolamento UE nella parte in cui, al punto 6 del considerando, si afferma la necessità che «tali limitazioni siano applicate conformemente ai principi generali del diritto dell'Unione, segnatamente la proporzionalità e la non discriminazione». Che tutto ciò possa poi condurre alla conseguenza estrema della disapplicazione da parte dei giudici della legge italiana appare difficilmente sostenibile, se non altro per la debole prescrittività di cui sono dotati i «considerando» nell'ambito degli atti normativi UE[52].

4. Conclusioni

Nel corso del mese di gennaio 2021, l'Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa, richiamandosi all'art.9 della CEDU e alla Convenzione di Oviedo, ha adottato una risoluzione che, tra le altre cose, invita gli Stati membri a garantire una corretta informazione, affinché i cittadini siano messi al corrente della non obbligatorietà del vaccino e nessuna pressione sia esercitata se non si desidera vaccinarsi, nessuno sia discriminato per non essere stato vaccinato o per non volersi vaccinare, siano distribuite informazioni trasparenti sulla sicurezza e sui possibili effetti collaterali dei vaccini, sia garantita una informazione trasparente sul contenuto dei contratti con i produttori dei vaccini al fine di renderli disponibili al controllo parlamentare e pubblico^[53]. A fronte delle indicazioni del Consiglio, per quanto non vincolanti per gli Stati membri, i fatti hanno preso tutt'altra direzione.

A provarlo è il clima di lacerazione sociale in cui si contrappongono due opposte fazioni, un clima in cui anche la più elementare e spontanea aspirazione a comprendere qualcosa in più, a manifestare un dubbio, sembra essere stata letteralmente travolta da una ondata di irrazionalità che infuria alla ricerca di miscredenti da redimere o di responsabili da stigmatizzare pubblicamente.

Descrive bene questo scenario chi recentemente poneva l'accento sul venir meno dei principi della logica aristotelica[54], talvolta anche tra gli interlocutori più avveduti: è come se di fronte alla incapacità di condurre un ragionamento alla stregua di quei principi, il cervello andasse in arresto, cedendo il passo a reazioni di un populismo quasi astioso, nella affannosa ricerca di un responsabile.

E allora è doveroso chiedersi e provare a capire cosa non ha funzionato, muovendo proprio dalla lettura della risoluzione del Consiglio d'Europa che chiama in campo il ruolo delle istituzioni e, segnatamente, il ruolo della politica nel suo controverso rapporto con la scienza.

Non v'è dubbio che il buon esito della campagna vaccinale, al pari di tutte le misure di contenimento, sia

largamente condizionato dal sentimento di appartenenza a una comunità, ovvero dalla percezione che ognuno debba rinunciare a qualcosa per il bene di tutti; si allude a quel senso di condivisione che, per quanto connaturale possa essere alla socialità dell'indole umana, deve potersi alimentare della fiducia che le istituzioni dovrebbero infondere e che ad esse ritornerebbe in termini di legittimazione, in un circolo virtuoso in cui, tra l'altro, nessuno spazio sarebbe concesso a quanti, strumentalizzando la paura, cercassero facili consensi.

Se è vero che in campo sanitario la scelta politica è guidata dal faro della scienza, tanto più nella gestione di una emergenza, non per questo la scienza si pone come unico parametro di legittimità della produzione normativa. La politicità delle scelte esige che il dato scientifico sia raccordato con una serie di variabili di contesto e con le istanze sociali che non possono essere ignorate o, peggio ancora, deplorate e censurate. Quando la decisione politica è condizionata dalla scienza vanno in tensione le garanzie giurisdizionali dei diritti, dunque diventa cruciale che gli obiettivi posti dalla scienza si realizzino nella rigorosa osservanza dei valori costituzionali.

È anche questo il terreno sul quale la partita della lotta al virus si vince o si perde.

Se la scienza non è democratica, a maggior ragione, lo devono essere i processi decisionali, puntando sulla trasparenza, sulla adeguatezza delle informazioni, sulla conoscenza delle risultanze scientifiche, sulla garanzia del controllo sulle istituzioni dalle quali si acquisiscono i dati scientifici.

E in fatto di trasparenza a dir poco emblematica è la vicenda dei rapporti contrattuali intercorsi con le case farmaceutiche impegnate nella produzione del vaccino, promesso da Ursula von der Leyen come il «bene comune universale». Risale a metà novembre del 2020 la prima richiesta inoltrata presso il Ministero nella forma dell'accesso civico, volta alla acquisizione dei documenti contrattuali[55]. Si deve attendere fino al 25 febbraio 2021 per leggere la risposta del Commissario straordinario in cui, tra le altre cose, di legge: «devo mio malgrado rappresentarle che gli accordi sottoscritti con le case farmaceutiche per la fornitura di vaccini sono di fatto secretati, e questo vale tanto per gli accordi preliminari conclusi dalla Commissione europea quanto per i conseguenti ordini di acquisto attivati dai singoli Stati dell'Ue, tra cui l'Italia [...]Questi contratti sono tutelati per motivi di riservatezza e tale tutela si giustifica per la natura altamente competitiva di questo mercato globale [...] la segretezza è motivata dall'esigenza di tutelare i negoziati sensibili e le informazioni commerciali, specie le informazioni finanziarie e i piani di sviluppo e produzione [...]Pertanto devo esprimere formale diniego alla richiesta»

Una politica che si ritrae dalla sua funzione decisionale, dissolvendosi nel dato scientifico, alimenta la divisione sociale per la naturale tendenza a confinare una serie di istanze sociali, culturali e personali nell'alveo dell'irrazionalità e, quindi, in una condizione che spesso è percepita quasi come deplorabile[56].

Il rischio è quello di generare una sorta di dissonanza cognitiva, per cui il vaccino diventa un atto di fede sul quale non è dato esprimere dubbi o nutrire timori, senza divenire una minaccia per la società, contro

la quale si raccoglie facilmente un consenso trasversale, impermeabile a qualsivoglia richiesta di ascolto.

Tutto ciò, non solo non giova al successo della lotta alla pandemia, ma solleva più di un interrogativo sulla tenuta di quei principi costituzionali la cui affermazione intendeva segnare la definitiva rottura con il passato. Primo tra tutti, il principio pluralista che restituisce un modello di società basato sul valore della diversità che sta poi alla politica ricondurre ad unità, nel rispetto delle posizioni di tutti. Un modello di società in cui quel senso di appartenenza a una comunità non si esaurisce nel richiedere a ciascuno un sacrificio per il bene di tutti, imponendo, altresì, che ci si faccia carico dei timori e delle incertezze di ciascuno[57], anche di fronte alla scelta tra il rischio del vaccino e quello della malattia. Avere paura è un diritto, combattere la paura è un dovere al cui adempimento non giova la campagna di stigmatizzazione e nemmeno giovano meccanismi discriminatori, giuridicamente insostenibili, come i passaporti vaccinali.

A questo punto sarebbe auspicabile che il Governo imponesse l'obbligo vaccinale, misurandosi coraggiosamente con gli steccati che la Carta costituzionale erige a fronte di una autorizzazione non definitiva alla commercializzazione, con tutti i problemi che ne scaturiscono, a cominciare dalla necessità di prevedere uno scudo penale per i membri del governo, così come è stato disposto per i produttori del vaccino e per i medici vaccinatori[58].

Sul piano delle relazioni tra gli organi costituzionali, il modello di società che ci consegna la Carta costituzionale si riflette nella centralità del ruolo affidato al Parlamento, in quanto organo rappresentativo della complessità sociale.

La crisi del Parlamento non si è certo manifestata con la pandemia, ma è comprensibile che la gestione dell'emergenza sia apparsa come un one man show[59], il cui unico protagonista non è stato nemmeno il Governo, ma il Presidente del Consiglio, con un Parlamento ridotto al ruolo di ufficio preposto alla conversione dei decreti legge[60].

La storia ci offre un prezioso insegnamento sulle incognite che possono stagliarsi all'orizzonte quando le assemblee rappresentative vengono estromesse dai processi della decisione politica, tanto più quando si tratta di prendersi cura dei diritti fondamentali.

«Se non si pone un freno agli sconfinamenti del Governo sul Parlamento, la pandemia ci lascerà in eredità una democrazia moribonda: adesso, quando il destino impone "tempo per riflettere", ecco, pensiamo alla Repubblica che vogliamo»[61].

E allora il Parlamento deve essere a viva voce chiamato in campo, affinché sia scongiurato il rischio di assuefazione alle regole dell'emergenza: la pandemia passerà, ma se ad essa dovessero sopravvivere le regole, alla emergenza sanitaria subentrerà l'emergenza democratica.

Ulisse per salvarsi dal seducente canto delle sirene si fece legare all'albero della nave, sapendo di correre un rischio. Affiora il ricordo delle parole pronunciate più di un secolo fa dal senatore americano John

Potter Stockton: «le Costituzioni sono catene con le quali gli uomini legano sé stessi nei momenti di lucidità, per non morire di mano suicida nei giorni della follia».

Note

[1] A.M. Poggi, I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri, Milano 2014, p.62.

[2] Su questi profili si vedano diffusamente le riflessioni di A.A. Negroni, Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie, Forum di Quaderni costituzionali, 2/2020.

[3] Q. Camerlengo - L. Rampa, Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anticovid -19, Rivista AIC 3/2021.

[4] Si ricorda che il decreto introduce dieci vaccinazioni obbligatorie e quattro raccomandate. Il sistema sanzionatorio subordina all'adempimento dell'obbligo vaccinale la frequenza degli asili e delle scuole dell'infanzia ai minori in età prescolare, mentre per i minori fino a sedici anni è prevista una sanzione pecuniaria ma non è precluso l'accesso alle scuole.

[5] In tal senso V. Tamburrini, La limitazione dei diritti costituzionali in tempo di pandemia: alcune osservazioni sul carattere fondamentale dell'interesse della collettività alla salute, www.dirittoesalute.org., nonché Q. Camerlengo - L. Rampa, Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anticovid -19, cit.

[6] Così L. Pedullà, Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale, Forum di Quaderni Costituzionali, 2018, p.33, secondo il quale non può venire meno il dovere del giudice di accertare quali siano i diritti delle parti coinvolte.

[7] Sulla definizione di bene comune, bene pubblico e beni solidali v. diffusamente Q. Camerlengo - L. Rampa, Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anticovid cit., p. 210 e bibliografia ivi citata.

[8] Negli stessi termini si veda la sentenza 16 aprile 2012, n.107 e, da ultimo, la sentenza 23 giugno 2020, n.118.

[9] 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.

[10] Art.191, §2, TFUE, in origine limitata alla materia ambientale e poi estesa ad altri ambiti per effetto della Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, in base alla quale la portata del principio di precauzione è «molto più ampia ed esso trova applicazione a tutti casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante, possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità».

[11] A.A. Negroni, L'obbligatorietà delle vaccinazioni è questione eminentemente di diritto costituzionale, cit., p.832.

[12] Corte costituzionale 15 dicembre 2008, n.438.

[13] Corte costituzionale 2 giugno 1994, n.218.

[14] A. Mangia, Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali, in Rivista AIC, 3/2021, p.449.

[15] A. Mangia, Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali, cit.

[16] G. Scarselli, Normativa covid 19 e Costituzione. Discussione sulle nostre libertà, Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it, 1/2021, p.11.

[17] A. Ruggeri, Scelte tragiche e covid -19, www.giustiziainsieme.it.

[18] In tal senso M. Basili, L'epidemia di covid-19: il principio di precauzione e i fallimenti istituzionali, in Mercato Concorrenza Regole, 3/2019.

[19] Conferenza stampa del 2 settembre 2021: <https://tinyurl.com/59x83ncy>.

[20] Molto dettagliatamente su questi profili si veda il recente contributo di A. Mangia, Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali, cit., p.437-438.

[21] Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n.726, in materia di **procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, compresa l'istituzione dell'EMA** che, accanto alla autorizzazione standard, disciplina un'autorizzazione rilasciata in circostanze eccezionali «a condizione che il richiedente istituisca meccanismi specifici, in particolare concernenti la sicurezza del medicinale e l'informazione alle autorità competenti in merito a qualsiasi incidente collegato all'impiego del medicinale e alle misure da adottare. Tale autorizzazione può essere rilasciata solamente per ragioni obiettive e verificabili e deve basarsi su uno dei motivi previsti dall'allegato I della direttiva 2001/83/CE. La conferma dell'autorizzazione è legata al riesame annuale di

tali condizioni (art.14, par.8)». Il Regolamento della Commissione 29 marzo 2006, n.507 (autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei medicinali per uso umano che rientrano nel campo d'applicazione del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio) disciplina l'autorizzazione condizionata che equivale a una soluzione intermedia tra l'autorizzazione standard e quella eccezionale.

[22] In base al punto (2) del Considerando «Nel caso di determinate categorie di medicinali, al fine di rispondere a necessità mediche insoddisfatte dei pazienti e nell'interesse della salute pubblica, può tuttavia risultare necessario concedere autorizzazioni all'immissione in commercio basate su dati meno completi di quelli normalmente richiesti e subordinate ad obblighi specifici, di seguito «autorizzazioni all'immissione in commercio condizionate». Le categorie interessate sono i medicinali destinati al trattamento, alla prevenzione o alla diagnosi di malattie gravemente invalidanti o potenzialmente letali, o i medicinali da utilizzare in situazioni di emergenza in risposta a minacce per la salute pubblica riconosciute dall'Organizzazione mondiale della sanità o dalla Comunità nel quadro della decisione n. 2119/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 1998, che istituisce una rete di sorveglianza epidemiologica e di controllo delle malattie trasmissibili nella Comunità, o i medicinali designati come medicinali orfani a norma del regolamento (CE) n. 141/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1999, concernente i medicinali orfani».

[23] Punto (6) del Considerando.

[24] Tutti i dati relativi alla procedura sono consultabili sul sito dell'ISS, di recente ripresi nel contributo di V. Azzolini - A. Morelli, *Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di covid*, Consulta on line, 3/2021, p.696.

[25] È stato in proposito osservato che «questa è solo un'eventualità, prevista al punto (6), visto che gli accertamenti che legittimano l'immissione in commercio sono accertamenti evidentemente ancora in fieri. Tant'è vero che, nel gergo medico, queste vengono comunemente chiamate autorizzazioni di fast-track». Così A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., p.439, che, tra l'altro, rende molto bene l'idea della differenza tra le due procedure paragonandola alla stessa relazione che, nell'ambito di un processo civile, intercorre tra un accertamento tecnico preventivo e l'accertamento demandato alla CTU: «in tutti questi casi si a che fare con la stessa esigenza. Che è quella di predisporre strumenti di intervento immediato, anticipatori di risultanze future, con quel che è destinato a discenderne in termini di ampiezza, di stabilità nel tempo, e di efficacia degli accertamenti così disposti».

[26] F. Giulimondi, *Tutti contro i no vax, ma l'obbligo vaccinale è incostituzionale*, www.labparlamento.it 17/07/2021

[27] In tal senso V. Azzolini, *Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di covid*, cit., p.697, secondo la quale l'obbligo vaccinale non richiede l'autorizzazione definitiva dell'EMA.

[28] S. Pedrazzini,
<https://www.worldlifo.com/news/vaccini-modificata-la-definizione-da-immunita-a-protezione-per-non-attribuire-un-errata-interpretazione-sull-efficacia> 10 settembre 2021.

[29] <https://www.cdc.gov/vaccines/vac-gen/imz-basics.htm>.

[30] Contra si veda V. Azzolini - A. Morelli, *Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di covid*, cit., p.700, secondo i quali l'art.32 Cost. non esige l'infallibilità del vaccino, essendo sufficiente anche una qualche apprezzabile utilità per la salvaguardia della salute collettiva.

[31] Corte costituzionale 26 giugno 2002, n.282; 14 dicembre 2017, n.268; 18 gennaio 2018, n.5; 23 giugno 2020, n.118.

[32] Sentenza 26 giugno 2002, n.282, punto 5 del considerato in diritto.

[33] Sulla scienza come parametro interposto si vedano le riflessioni di C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, *Rivista AIC*, 2/2016.

[34] M. Tomasi, *Politiche sanitarie vaccinali fra diritto, scienza e cultura*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 ottobre 2017.

[35] Lo ricordava di recente G. Guzzetta, *Green pass, obbligatorio o no? Quali paletti impone la Costituzione*, *Il Riformista*, 18 luglio 2021.

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

[37] A. Barone, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privata*, *Federalismi.it*, 29 aprile 2020.

[38] G. Pitruzzella, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali*, cit.

[39] Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, 6.3.

[40] G. Guzzetta, *Green pass, obbligatorio o no? Quali paletti impone la Costituzione*, *Il Riformista*, cit.

[41] In proposito A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., p.445 che, in particolare, pone l'accento sulla complessità dell'attuale quadro normativo che delinea un regime transitorio. Ad integrazione dei regolamenti 726/2004 e 507/2006, va infatti annoverato il Regolamento (UE) 16 aprile 2014, n.536 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano che, pur essendo a tutti gli effetti approvato, non è materialmente ancora in vigore a causa

di una attuazione particolarmente complessa che prevede l'abrogazione della direttiva 2001/20/CE e di tutti gli atti di recepimento della stessa.

[42] La disciplina in materia di certificazione verde è stata introdotta ricorrendo ripetutamente allo strumento della decretazione d'urgenza. In Francia, l'unico paese nel panorama europeo che ha disposto una normativa analoga, le misure sono state adottate con legge, a conclusione di un confronto che si è svolto nelle aule parlamentari e che ha visto il coinvolgimento del Conseil constitutionnel, adito dalle minoranze parlamentari.

In Italia la disciplina della certificazione verde si riconduce ai decreti legge di seguito elencati:

- decreto legge 22 Aprile 2021, n. 52, misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19;
- decreto legge 18 Maggio 2021, n. 65, misure urgenti relative all'emergenza epidemiologica da COVID-19;
- decreto legge 23 Luglio 2021, n. 105, misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche;
- decreto legge 6 Agosto 2021, n. 111, misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti;
- decreto legge 21 Settembre 2021, n. 127, misure urgenti per 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.

[43] Difterite, tetano, poliomielite, epatite virale B.

[44] Un minimo di 10 euro per la vaccinazione antipolio, al un massimo di 258 euro per la vaccinazione antiepatite.

[45] decreto legge 7 giugno 2017, n.73, convertito in legge 31 luglio 2017, n.119.

[46] A parte la sanzione da 100 a 500 euro, il regime è diversificato in ragione dell'età in quanto alla somministrazione del vaccino è subordinato l'accesso alle sole scuole dell'infanzia e agli asili nido.

[47] Ci si riferisce al provvedimento del 23 aprile 2021, n.156, consultabile in <https://tinyurl.com/ydfwpbe2>, con il quale si ravvisava la violazione del principio di minimizzazione dei

dati, del principio di esattezza, del principio di trasparenza, del principio di limitazione della conservazione, oltre che l'inidoneità del decreto legge e la omessa consultazione nella fase preliminare. Tra le altre cose, si legge che «il decreto legge del 22 aprile 2021, n. 52, non rappresenta una valida base giuridica per l'introduzione e l'utilizzo dei certificati verdi a livello nazionale [...] si ritiene che non si sia tenuto adeguatamente conto dei rischi, di seguito illustrati, che l'implementazione della misura determina per i diritti e le libertà degli interessati, e, quindi, non siano state adottate le misure tecniche e organizzative adeguate per attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, integrando nel trattamento degli stessi le garanzie necessarie a soddisfare i requisiti previsti dal Regolamento (UE) 2016/679 e a tutelare i diritti degli interessati (art. 25, par. 1, del Regolamento)».

[48] <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9707961>.

[49] Con nota 7742 del 6 maggio 2021, il Ministro della salute, in risposta ai rilievi formulati dal Garante per la protezione dei dati personali, di cui al provvedimento 156/2021, precisava che le certificazioni «saranno esclusivamente esibite alle Forze di Polizia, al personale dei Corpi di Polizia municipale munito della qualifica di agente di pubblica sicurezza e al personale delle Forze Armate di cui si avvalga eventualmente il Prefetto per le verifiche sugli spostamenti tra regioni, senza la possibilità di raccolta, conservazione e successivo trattamento».

[50] Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio europeo, 14 giugno 2021 n.953 e successive modifiche in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2021/953/oj>.

[51] Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del c.d. decreto green pass, documento dell'Osservatorio per la legalità costituzionale in <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2968/green-pass-e-costituzione-1.pdf>.

[52] Si veda al riguardo la riflessione di R. Bin, Replica al documento anti green - pass pubblicato da Questione giustizia, in www.lacostituzione.info.it , 9 agosto 2021.

[53] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione 27 gennaio 2021, 2361, in particolare punto 7.1, consultabile in http://www.europeanrights.eu/public/atti/rsolution_2361_FR.pdf.

[54] Si veda l'intervista rilasciata dal filologo G. Germano in <https://www.youtube.com/watch?v=zXB1PE8ArgI> .

[55] Tutta la vicenda è ripercorsa dettagliatamente da D. Facchini, Le mancate dosi di trasparenza a tutela delle multinazionali, in <https://altreconomia.it/le-mancate-dosi-di-trasparenza-a-tutela-delle-multinazionali/>.

[56] Si vedano in tal senso le riflessioni di I. Cavicchi all'indomani dell'approvazione del Decreto Lorenzin, Decreto vaccini: il corto circuito tra affari, una scienza usata male e una politica senza politica, Il fatto

quotidiano, 13 giugno 2017, nonché M. Manera, Discrezionalità legislativa tra scienza e Costituzione, Senato della Repubblica, audizione sui disegni di legge 363 e 770, seduta del 17 gennaio 2019, consultabile in <https://tinyurl.com/ka3fywx>.

[57] R. Calvano, Greenpass e vaccini. Non sacrifichiamo il principio di uguaglianza, *Il Manifesto*, 6 agosto 2021.

[58] A. Mangia, Obbligo vaccinale: basta una legge ma Draghi non la farà, in www.ilsussidiario.net , 17 luglio 2021.

[59] In tal senso G. Guizzi, Stato costituzionale di diritto ed emergenza Covid-19: note minime, in www.magistraturaindipendente.it , 18 aprile 2020.

[60] M. Luciani, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in <https://tinyurl.com/2ykburek> , secondo il quale forme di raccordo con le aule parlamentari, compatibili con le esigenze di celerità dell'emergenza, potevano realizzarsi avvalendosi delle Commissioni parlamentari.

[61] M. Calamo Specchia, Ri-bilanciare i poteri tra Governo e Parlamento quando il virus sparirà, in <https://caratterivaganti.blogspot.com/2020/04/ri-bilanciare-i-poteri-tra-governo-e.html> .

<https://www.diritto.it/green-pass-e-obbligo-vaccinale/>