

Green pass ed obbligo vaccinale, nel prisma delle scienze razionali

di Roberta Lombardi e Fabrizia Santini *

Sommario: 1. Il metodo di indagine, oltre il sentimentalismo. – 2. Dalla «fede di sanità» al «green pass». Cinque secoli di passaporto sanitario. - 3. L'evoluzione normativa e l'eterogenesi dei fini. – 4. Tra *green pass* ed obbligo vaccinale: il pendolo legislativo e la “spinta gentile”. – 5. Segue. O la (necessaria) tutela nei confronti della responsabilità per danni da vaccino. - 6. “Comunità del rischio” ed ambienti di lavoro: la schizofrenia normativa.

1. Il metodo di indagine, oltre il sentimentalismo.

A fronte di una curva epidemiologica dall'andamento instabile ed il dilagare di nuove varianti del virus Sars-Cov- 2, il Governo ha dovuto periodicamente ri-valutare le politiche di contenimento del contagio, con il dichiarato intento di «garantire alle imprese e alle attività commerciali di rimanere aperte».

E' stata avviata da ultimo una terza campagna di vaccinazione (estesa a tutti i cittadini sopra gli undici anni, ma anche ai bambini tra i cinque e gli undici), “sostenuta” dalla contestuale riforma delle regole per l'ottenimento del cd. «green pass»¹.

Stante la perdurante mancanza di un obbligo vaccinale generalizzato imposto per legge, tramite il costante adattamento della disciplina prevista per il cd. certificato verde – durata e condizioni per ottenerlo –, il Governo punta ad indurre il maggior numero di persone ad intraprendere il ciclo vaccinale o a completarlo. Possedere un *green pass* rappresenta oggi infatti l'unica via per godere di una serie di servizi e per poter svolgere, in molti casi, la propria attività lavorativa.

Queste brevi osservazioni intendono dunque inquadrare le questioni relative all'adozione di questa misura, quale strumento equivalente e/o sostitutivo dell'obbligo vaccinale², valutandone i riflessi sul piano dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, liberando tuttavia il discorso da ogni precomprensione inquinante o sentimentalismo giuridico che poco si addicono ad una scienza razionale, quale dovrebbe essere appunto quella del diritto³.

La precisazione è doverosa se si considera che alcuni intellettuali – di diversa estrazione e orientamento – hanno pubblicamente manifestato, in piazze reali e virtuali, una netta posizione di contrarietà nei confronti della normativa nazionale che, estendendo

* Pur essendo il lavoro frutto di comuni riflessioni, i paragrafi n. 2, 3 e 6 sono a cura di F. Santini e i paragrafi 1, 4 e 5 a cura di R. Lombardi.

¹ Su una più precisa ricostruzione normativa dei provvedimenti in esame cfr. A.M. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *Federalismi*, settembre 2021. Più di recente, sullo stesso tema, I. SPADARO, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *Federalismi*, dicembre 2021, p. 52, secondo cui «questo schema normativo – che C. Cost., 23 settembre 2021, n. 198 ha giudicato conforme al principio di legalità – ha dapprima affiancato e, poi, marginalizzato il ricorso a strumenti che, pure, erano già stati più volte utilizzati, quali le ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della Salute ex art. 32 legge 23 dicembre 1978, n. 833, e le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile ex art. 5 cod. prot. civ.». Sul punto si rinvia a M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, marzo 2020, p. 2 ss., e A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi, Modena, 2020, *passim*.

² La qualificazione del *green pass* in termini di misura equivalente si legge in A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)*, 2021, p. 432 s.

³ Sulla razionalità come elemento caratterizzante il diritto cfr. C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, 1966.

progressivamente l'operatività del certificato verde dalla sfera dei viaggi all'estero⁴ a molteplici attività interne di carattere produttivo e/o sociale, avrebbe finito per introdurre un controllo senza precedenti della vita sociale e una limitazione del nucleo essenziale delle libertà fondamentali, arrivando ad integrare un vero e proprio diritto «dispotico» dell'emergenza⁵.

Le questioni sono delicate e non possono certo essere liquidate sulla base di semplicistiche, se pur meritevoli, affermazioni di prevalenza della tutela dell'interesse pubblico.

Pare invece più opportuno confrontarsi con tali posizioni critiche spostando il quadro delle riflessioni su scenari più ampi, tanti sono i profili di interesse che vengono in rilievo, trasversali ai diversi ambiti del diritto.

Certo è - come rileva correttamente Habermas⁶ - che «se in tempi di normalità anche l'opportuno di un potere senza fantasia può bastare a far funzionare la baracca» in tempi straordinari tutto si complica e il «sovranismo vaccinale» diventa, in realtà, la specifica declinazione di un più generale discorso sulla necessità di ripensare al processo accelerato di trasformazione delle «tecnocrazie neoliberali», plasmate dal mercato, in vere e proprie «tecnocrazie della crisi».

2. Dalla «fede di sanità» al «green pass». Cinque secoli di passaporto sanitario.

Il primo decreto legge di istituzione, il d.l. 22 aprile 2021, n. 52, consentiva a chi fosse provvisto di certificato verde di spostarsi liberamente tra i Paesi europei e dell'area di Schengen. L'intervento normativo era in linea con le disposizioni europee ed in particolare con il Regolamento Ue 2021/953, di cui rappresentava una mera applicazione. Non solo. Riproponeva oggi una più risalente strategia di contenimento delle epidemie, inaugurata cinque secoli addietro.

E' datato infatti 27 agosto 1599 quello che potrebbe essere il più antico «certificato verde» della storia. Compilato dal Provveditore alla sanità di Chioggia, Giovanni Battista Vianello, consentiva la libera circolazione delle persone non contagiate dalla epidemia di peste. Un altro documento simile, datato 14 maggio 1630, autorizzava invece la Confraternita della Morte di Montecosaro a recarsi alla Santa Casa di Loreto in occasione della festa di San Bonifacio. Vengono menzionate le «fede di sanità» anche in un «Avviso per causa di sanità» della città di Ferrara del 27 luglio 1682⁷: si tratta dei «lasciapassare» che Giacomo Olivi, deputato alla Sanità nella città di Treviso, nel 1712 riteneva fondamentali per contenere il diffondersi della peste bovina: «l'uso delle fede di sanità e la separazione tra soggetti sani e potenzialmente infetti costituiscono l'unica via percorribile» per far «svanire tutta

⁴ Secondo quanto in origine previsto dal Regolamento UE 2021/953. Inizialmente richiesto soltanto per ingresso e uscita dalle aree del territorio nazionale ancora caratterizzate da criticità intense e solo per le ipotesi in cui lo spostamento non fosse sorretto da determinate giustificazioni, conformemente alle disposizioni eurounitarie, la «certificazione verde COVID-19» a partire dal luglio 2021 è divenuta condicio sine qua non per lo svolgimento di una serie sempre più numerosa di attività, come si dirà nel proseguo.

⁵ Sul punto, *amplius*, si rinvia a A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Giappichelli 2021, in particolare pag. 67 e ss.

⁶ J HABERMAS, *Fatti e norme*, Editori Laterza, Bari- Roma. 2013, p. 76, su cui *adde*, A. CANTARO, *Postpandemia*, cit. p. 68. .

⁷ In corrispondenza di «rastelli», posti di blocco alle porte delle città o su confini territoriali, guardie o civili delegati avevano il compito di verificarne il possesso da parte di ogni viaggiatore, libero di circolare senza costituire pericolo di contagio, così allo stesso tempo tracciando il percorso di ogni persona su brevi e lunghe distanze.

l'apprensione di questo incomodo», affermava il magistrato, sebbene questa sia, si affrettava poi a precisare, una «precauzione più facile da raccomandare e da imporre che da rispettare»⁸.

I «passaporti sanitari» divengono ben presto fulcro del sistema di protezione delle comunità ancora non contagiate dalle epidemie. Esistevano due tipi di documenti: la fede di sanità, per chi viaggiava via terra, e la patente di sanità, che era richiesta a chi proveniva dal mare, per attestare che la città o il porto di provenienza fossero liberi dalla peste. I *provisores salutis venetianorum* certificavano che chi partiva da un dominio (veneziano⁹) fosse partito da una città «sana e libera da ogni sospetto di mal contagioso» e che quindi «in cadaun luogo capiteranno li si potrà dare libera e sicura pratica».

L'interesse alla circolazione delle sole persone dotate dei certificati di sanità era prettamente economico: in caso di diffusione di una epidemia, le ripercussioni per il commercio locale sarebbero state disastrose mentre, viceversa, essere una città libera da contagi, come accadde a Visso nel 1866, ne accresceva le potenzialità economiche. Di qui la previsione di una sanzione particolarmente severa in capo a chi trasgrediva le regole, la pena di morte.

Il sistema dei passaporti sanitari presto si diffuse e venne utilizzato da moltissime città d'Europa, combinandosi con altri provvedimenti adottati dai governi cittadini nei momenti più complicati delle epidemie, quali l'isolamento ed il sequestro domiciliare; la quarantena e la cura nei lazzaretti; i bandi di sanità, ovvero i manifesti che impedivano viaggi per determinate città.

Il *green pass* vanta dunque una storia lunga almeno cinque secoli; cambia nel tempo nome e aspetto ed oggi, dopo quasi cento anni dall'ultima epidemia, anche la propria funzione, finendo per indurre ad affermare la sostanziale diversità tra il primo certificato verde e quelli che sono stati successivamente disciplinati¹⁰.

3. L'evoluzione normativa e l'eterogenesi dei fini.

Il d.l. 105/2021 infatti, allo scopo di «fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19» ma soprattutto «per l'esercizio in sicurezza delle attività sociali ed economiche», arriva ad imporre il *green pass* per l'accesso ad una serie di attività, perseguendo finalità affatto diverse dalla libera circolazione delle persone, tra i Paesi Ue.

La certificazione verde diviene condizione necessaria per partecipare alle prove selettive di concorsi pubblici; accedere a ristoranti, sagre, fiere, musei, palestre, sale gioco, strutture sanitarie, istituti d'istruzione scolastica e universitaria, alberghi e strutture ricettive; effettuare spostamenti a bordo di aerei, autobus, navi, traghetti e treni, ivi compresi, a decorrere dal 6 dicembre 2021, i mezzi del trasporto pubblico locale ed interregionale.

⁸ Sarà Papa Leone XII, durante l'epidemia di vaiolo, a far mettere i «cancellotti» alle osterie, per vietare gli assembramenti: davanti ai cancellotti potevano sostare all'aperto non più di tre avventori e per il solo tempo necessario per una «fojetta».

⁹ Molto di quanto oggi si conosce in termini di organizzazione e gestione sanitaria delle epidemie si deve a Venezia. Fin dal XIV secolo in laguna era già noto il concetto di contagio ed il nesso intercorrente tra spostamenti delle persone ed epidemie. Di tal che, è proprio ai funzionari della Serenissima che si deve la «quarantena»; la prima soluzione messa in campo per frenare il diffondersi delle epidemie. Resisi conto che la peste arrivava in città attraverso le navi provenienti da Oriente, merci ed equipaggi venivano posti per quaranta giorni in un luogo separato dalla popolazione. L'epidemia di peste causata da alcuni marinai o mercanti che elusero la quarantena ai porti indusse poi l'autorità sanitaria della città ad impedire l'ingresso nel proprio territorio a chi non possedeva i «passaporti sanitari»

¹⁰ A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale*, cit., 21.

Con il successivo decreto legge n. 172/2021, le suddette attività sono state poi riservate ai soli possessori del c.d. *green pass* «rafforzato» o *super green pass* (rilasciato a seguito di vaccinazione o guarigione); e, ancora, dalla metà di ottobre il mancato possesso del certificato (anche solo nella versione “base”, per la quale resta sufficiente il tampone) determina la sospensione legale del rapporto di lavoro, al pari di quanto stabilito già nel mese di maggio, per i casi di mancata vaccinazione di talune categorie professionali (operatori sanitari, soccorritori, personale penitenziario, di polizia e pubblica sicurezza, militari, dipendenti degli istituti di istruzione e formazione)¹¹.

A fronte di una recrudescenza epidemiologica del *virus* e di accresciute esigenze di contenimento dei contagi, nel primario interesse di «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e di assistenza», il più recente d.l. n. 1 del 7 gennaio 2022, infine, ha rafforzato la normativa di contenimento dei contagi con l'estensione dell'obbligo vaccinale per tutti gli *over 50* residenti nel nostro Paese, occupati (i quali dovranno esibire il *super green pass* per andare al lavoro)¹² o non occupati, estendendolo, senza limite di età a tutto il personale, docente e non docente dell'Università equiparato, così, a quello della scuola, della sanità e del comparto sicurezza.

4. Tra *green pass* ed obbligo vaccinale: il pendolo legislativo e la “spinta gentile”.

Le linee della strategia governativa a questo punto della evoluzione della legislazione emergenziale possono dirsi definite: dalla mera raccomandazione si è passati all'obbligo vaccinale per una categoria determinata di lavoratori per poi puntare tutto sull'imposizione del *green pass*, nei confronti dei cittadini fruitori di taluni servizi e per l'esecuzione della prestazione lavorativa. E la questione dell'obbligo vaccinale riemerge solo saltuariamente nel dibattito politico.

Il pendolo legislativo ha oscillato dunque tra la raccomandazione, rafforzata da efficaci “pungoli” di limitazione all'esercizio di attività quotidiane, e l'obbligo vaccinale esteso a determinate categorie di soggetti, nel prioritario tentativo di arginare il fenomeno, abbastanza ricorrente negli ultimi anni, della c.d. esitazione vaccinale (*vaccine hesitancy*)¹³.

Non avrebbe potuto d'altro canto essere diversamente. La scienza giuridica ha riflettuto le tante incertezze che la stessa scienza medica ha scontato e per certi versi continua a scontare nei confronti della pandemia. Ed ha attuato di momento in momento l'unica

¹¹ L'obbligo scatta a partire dal 15 febbraio. L'obbligo di vaccino non si applica, naturalmente, a chi, per motivi di salute, non può avere somministrati i farmaci utilizzati per l'immunizzazione, ma anche a chi, guarito dal Covid, dovrà attendere prima di poter ricevere la vaccinazione.

¹² Sono previste sanzioni pecuniarie per chi si reca sul posto di lavoro senza essere in possesso del *green pass* rafforzato che viene rilasciato a chi è vaccinato o guarito dal Covid. L'obbligo scatta non soltanto per coloro che, all'entrata in vigore del provvedimento, hanno già 50 anni ma anche per chi li compirà entro il 15 giugno 2022.

¹³ Fenomeno manifestatosi fin sin dall'introduzione, nel Settecento, delle prime terapie vaccinali contro il vaiolo ed oggetto di studio, ormai da anni, da parte del gruppo di esperti Sage (*Strategic Advisory Group of Experts on Immunization*) nominato nel 2012 dall'OMS – Organizzazione Mondiale della Sanità. La c.d. esitazione vaccinale ha un'origine multifattoriale, comprende vari atteggiamenti ideologici, culturali, religiosi, filosofici, frutto, da un lato, di una irrazionale sfiducia nei confronti della scienza e, più in generale, dei “tecnici”, portatori di un sapere specialistico, avvertiti come titolari di un potere ritenuto inaccessibile e, in quanto tale, elitario ed antidemocratico (“*nam et ipsa scientia potestas est*”, “*sapere potere*”, secondo l'antica massima baconiana), con il rifiuto di un sapere-potere “costituito” e la ricerca di conoscenze altre, alternative, nascoste ai più, e, dall'altro, anche il portato di una visione icasticamente definita “onnivora” dell'autodeterminazione, assoluta e solipistica, insopportabile di vincoli ed obblighi che contemplino la visione più vasta dell'intero ordinamento e degli altri individui, secondo, invece, una fondamentale e doverosa declinazione solidaristica. Così si legge in Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in Guida al Diritto, 2021, 42.

soluzione idonea a coagulare un accordo tra le diverse forze politiche, ancora lontane da un consenso unanime sulla opportunità di introdurre *ex lege* un generalizzato obbligo di vaccinazione e forse impossibilitate a farlo dalla effettiva e piena disponibilità delle dosi necessarie e dalle preoccupazioni legate al percorso di sperimentazione.

«A fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro» leggiamo nella pronuncia della Corte costituzionale n. 5 del 2018, «rientra nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione». Non è dunque di scelta costituzionalmente legittima o illegittima che occorre discutere, ma soltanto di una scelta “politica”.

La Corte costituzionale ha riconosciuto ampio spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace delle malattie infettive «potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell’obbligo» (Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5). Questa discrezionalità, continua la Corte, deve essere però esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, sempre in evoluzione, della ricerca medica. Ciò implica che, mutate le condizioni, così come sono mutate con l’evoluzione e la diffusione dei vaccini, la scelta operata dal legislatore potrebbe essere rivalutata e riconsiderata, anche a favore di una legge impositiva di un trattamento sanitario, da considerarsi costituzionalmente legittimo, se diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma soprattutto a preservare lo stato di salute degli altri.

Sempre secondo la Corte poi in questa eccezionale situazione di emergenza sanitaria, «la discrezionalità del legislatore nel disegnare misure di contrasto della pandemia, bilanciando la tutela di interessi e diritti in gioco, è più ampia che in condizioni ordinarie»¹⁴.

E ancora, sembrano particolarmente significativi i passaggi decisionali in cui la Corte Costituzionale afferma che, in tema di trattamenti vaccinali, la tecnica dell’obbligatorietà e quella della raccomandazione possono essere «sia il frutto di concezioni parzialmente diverse del rapporto tra individuo e autorità sanitarie pubbliche, sia il risultato di diverse condizioni sanitarie della popolazione di riferimento, opportunamente accertate dalle autorità preposte. Nel primo caso, la libera determinazione individuale viene diminuita attraverso la previsione di un obbligo, assistito da una sanzione. Tale soluzione – rimessa alla decisione delle autorità sanitarie pubbliche, fondata su obiettive e riconosciute esigenze di profilassi – non è incompatibile con l’art. 32 Cost. se il trattamento obbligatorio sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche quello degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione dell’autodeterminazione del singolo¹⁵. Nel secondo caso, anziché all’obbligo, le autorità sanitarie preferiscono fare appello all’adesione degli individui a un programma di politica sanitaria. La tecnica della raccomandazione esprime maggiore attenzione all’autodeterminazione individuale (...) e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell’art. 32 Cost., ma è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo».

Ciò che la Corte mette poi in rilievo è come la differente impostazione delle due tecniche non incida sull’obiettivo essenziale che entrambe perseguono nella profilassi delle malattie, ossia il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva attraverso il

¹⁴ Corte Cost. 11 novembre 2021, n. 213.

¹⁵ Cfr. Corte Cost. n. 107 del 2012, n. 226 del 2000, n. 118 del 1996, n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990.

raggiungimento della massima copertura vaccinale e, sotto questo profilo, non sembra essere lecito rinvenire alcuna differenza “qualitativa” tra obbligo e raccomandazione. Nel senso che l’obbligatorietà del trattamento vaccinale diviene solo uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche volte al perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari di quello della raccomandazione.

I diversi attori (autorità pubbliche e individui) «finiscono per realizzare l’obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia indipendentemente dall’esistenza di una loro specifica volontà di collaborare, e resta del tutto irrilevante, o indifferente, che l’effetto cooperativo sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all’intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito»¹⁶.

Prevarrebbe dunque su tutti l’effetto “persuasivo” della certificazione verde, l’essere parte dei quei possibili interventi messi in atto dalle istituzioni pubbliche, le quali, sulla base di un “paternalismo libertario”, diventano architetti delle scelte per influenzare il comportamento degli individui in modo da migliorarne il benessere e le condizioni di vita. Con la precisazione, tuttavia, che, per rientrare negli schemi della *nudge regulation* tecnicamente intesa, l’influenza sulla decisione dell’individuo deve essere relativamente tenue, indulgente o poco invadente, una “spinta gentile”, secondo il linguaggio dell’economia comportamentale, tale per cui le scelte non vengono bloccate, impedito o rese eccessivamente onerose¹⁷. E – sia detto anche solo per inciso – sulla vicenda del *green pass* gli schemi normativi adottati per la persuasione non sembrano esattamente attagliarsi alla definizione.

Nella recente decisione del Consiglio di Stato, relativa alla controversia nella quale operatori sanitari non ancora sottoposti alla vaccinazione obbligatoria contro il virus Sars-CoV-2¹⁸ contestano gli atti con i quali le Aziende Sanitarie hanno inteso dare applicazione, nei loro confronti, dell’obbligo vaccinale c.d. selettivo previsto dall’art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, i giudici di Palazzo Spada hanno avuto modo, tra l’altro, di precisare che «la trasparenza delle informazioni scientifiche, le campagne di sensibilizzazione, le ‘spinte gentili’ – c.d. *nudge* – alla vaccinazione, mediante un sistema di incentivi o disincentivi, come mostra il recente indirizzo dell’economia comportamentale, sono tutti elementi di sicuro impatto, e spesso di forte incidenza anche sulle libertà costituzionalmente garantite, che tuttavia concorrono a favorire il consenso informato nei singoli nelle decisioni sanitarie e, insieme, il formarsi di una coscienza collettiva favorevole alla necessità di vaccinarsi e di una profilassi generalizzata contro malattie altamente contagiose e non di rado mortali, creando nei cittadini fiducia (c.d. *confidence*) nella sicurezza e nell’efficacia dei vaccini».

Non si può non essere concordi, in linea torica, che «la formazione del consenso informato in ciascuno e l’adesione convinta dei più alla vaccinazione, sulla base delle informazioni rese disponibili dalla comunità scientifica e all’esito di una serena valutazione circa il rapporto tra rischi e benefici della vaccinazione all’interno della comunità e delle istituzioni democratiche, costituiscono certo la soluzione migliore e preferibile per combattere la malattia perché esaltano, da un lato, il ruolo di una scienza non chiusa in sé, nell’idolatria di un elitario scientismo, ma aperta al dibattito civile e partecipe al progresso

¹⁶ In tal senso Corte Cost. n. 107 del 2012.

¹⁷ La cd. spinta gentile fa riferimento alla teoria del cd. *nudge regulation*, teorizzata da R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008; trad. it. di A. OLIVERI, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano 2009. Con riferimento alle sue applicazioni nell’ordinamento amministrativo cfr. A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2021.

¹⁸ Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, cit.

morale e materiale dell'intera società e, dall'altro, valorizzano il fondamentale ruolo dell'autodeterminazione in sintonia, e non già in conflitto, con il principio di solidarietà».

Tuttavia sembra lecito dubitare che proprio la luce della trasparenza nella comunicazione, sia degli esperti sia dei decisori politici (e amministrativi), nelle vicende in questione abbia brillato per chiarezza e uniformità di informazioni, essendo stata invero contraddistinta da difformità di opinioni, sementite, contraddizioni, fughe in avanti e ripensamenti repentini.

E in questa prospettiva il seme della conoscenza non è stato in grado di contribuire a disegnare quella dimensione fisiologica e privilegiata entro la quale dovrebbe iscriversi qualsiasi campagna vaccinale, conducendo i cittadini ad un atteggiamento, consapevole e responsabile, di adesione volontaria alla medesima a beneficio di tutti e di ciascuno.

5. Segue. O la (necessaria) tutela nei confronti della responsabilità per danni da vaccino.

Potrebbe invero proporsi anche una seconda chiave di lettura dell'andamento normativo, in grado di soddisfare anche chi poi dovesse osservare che, sul piano formale, i temi sopra evocati (diritti fondamentali, condizionamento tecnico della funzione legislativa, *nudge regulation*) attengono ai rami alti del diritto costituzionale e, come tali, poco interessanti per gli studiosi del diritto amministrativo.

Si potrebbe replicare a costoro che tutte le questioni giuridiche evocate ruotano essenzialmente intorno a procedimenti amministrativi, per l'esattezza a quelli da cui scaturiscono gli accertamenti che in materia sanitaria presiedono alla scelta legislativa di autorizzare o meno l'immissione in commercio di farmaci, e quindi anche dei vaccini. Procedimenti che fanno capo alle ben note autorità amministrative dell'AIFA (Agenzia italiana per il farmaco) e dell'EMA (European Medicine Agency), la quale dal 1994 in poi ha progressivamente surrogato il ruolo della prima, secondo uno schema di funzioni ricorrente nei rapporti tra organismi nazionali ed europei¹⁹.

A governare le attività di accertamento tecnico svolte dall'EMA sono infatti le disposizioni di due Regolamenti europei, rispettivamente il n. 726/2004 e il n. 507/2006: mentre il primo detta la disciplina generale del procedimento di autorizzazione al commercio di farmaci in Europa, tipizzando un sistema imperniato su una autorizzazione “*standard*”, rilasciata dopo il normale periodo di sperimentazione, il secondo prevede invece una autorizzazione “*condizionata*” le cui finalità e caratteri sono precisati nell'ambito del medesimo regolamento.

In particolare, per ciò che più rileva in questa sede, la disciplina europea (e nello specifico il reg. n. 507/2006), dopo aver precisato al punto (2) del *Considerando* il principio per cui «Prima di ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio in uno o più Stati membri, un medicinale per uso umano va in genere sottoposto a studi approfonditi volti a garantirne la sicurezza, l'elevata qualità e l'efficacia di impiego per la popolazione destinataria» specifica, poi, al punto (3), che «nel caso di determinate categorie di medicinali, al fine di rispondere a necessità mediche insoddisfatte dei pazienti e nell'interesse della salute pubblica, può (...) 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».

Orbene, i vaccini anti-Covid messi in circolazione in Italia sono stati verificati preventivamente con questa procedura di autorizzazione “snella”, condizionata,

¹⁹ Sul punto A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit. p. 435, che richiama come esempio di sostituzione di funzioni di organi sovranazionali a scapito di quelli nazionali la BCE in luogo della Banca d'Italia.

provvisoria²⁰, nell'intento di mettere a disposizione della popolazione, a meno di un anno dalla Pandemia, una terapia preventiva, che in qualche modo potesse mettere al riparo la salute pubblica ed evitare il tragico collasso dei sistemi sanitari avvenuto nel primo periodo di diffusione del *virus*.

Più precisamente, secondo quanto si può leggere direttamente sul sito dell'EMA²¹, questo procedimento semplificato di autorizzazione consta di uno svolgimento in parallelo (e non in sequenza, come accade nelle procedure ordinarie di autorizzazione) delle fasi di sperimentazione clinica²². In altri termini la messa in commercio tempestiva dei vaccini è stata possibile attraverso una *partial overlap*, nella quale l'avvio della fase successiva è avvenuto a poca distanza dall'avvio di quella precedente, così che questa leggera sfasatura ha permesso, da un lato di accelerare i normali tempi di svolgimento delle sperimentazioni, dall'altro di evitare i rischi che si sarebbero corsi con una sovrapposizione totale delle fasi.

Si tenga conto che nelle ipotesi di vaccinazione obbligatoria la sperimentazione è, in genere, conclusa da tempo sulla base di evidenze empiriche stratificate e questa situazione permette al legislatore di poter prescrivere legittimamente l'obbligo vaccinale.

Pur nella consapevolezza che il rischio vaccinale non può essere del tutto eliminato, i pubblici poteri tendono tuttavia a ritenerlo accettabile quando le sperimentazioni siano complete, quando cioè le evidenze scientifiche, supportate anche dalle ulteriori cautele della fase di farmacovigilanza *ex post*, misurano e accertano che il rapporto rischio/benefici è appunto accettabile (fase 4)²³.

Le molte polemiche originate sul carattere sperimentale dei vaccini/terapie anti *Covid* traggono origine proprio dal fatto che l'autorizzazione alla loro messa in commercio e il loro conseguente utilizzo non possono contare sul consolidamento di questa ultima fase di farmacovigilanza, la quale renderebbe pieni e definitivi gli accertamenti tecnici sulla misurazione del rischio.

Ma la situazione imponeva una risposta temporanea e provvisoria (passibile nel tempo di diventare definitiva)²⁴ ad una situazione di emergenza, tesa a conciliare i contrapposti interessi di celerità e sicurezza delle cure.

Le conseguenze di tale situazione sono state ricondotte, sul piano giuridico, alla decisione precauzionale del legislatore di non imporre tale vaccini in via coattiva, sulla base di una previsione di legge, ma di ottenere una larga immunizzazione della popolazione, orientando la scelta volontaria del soggetto, attraverso il possesso del *green pass* quale condizione necessaria a svolgere tutta una serie rilevanti di attività.

In questo modo – è stato sostenuto – lo Stato si sottrarrebbe dalla responsabilità circa l'accadimento di eventi avversi non calcolabili e al conseguente obbligo di risarcire i danni *ex art. 2043 c.c.*

²⁰ La cui durata è limitata nel tempo a 12 mesi, secondo quanto prevede il reg. n. 507/2006. Si consideri che nulla impedisce che l'autorizzazione provvisoria possa poi convertirsi in *standard*, a seguito di valutazione dell'Ema, valida per cinque anni, durante i quali si svolge la fase di farmaco-vigilanza.

²¹ <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/vaccines-covid-19/covid-19-vaccines-development-evaluation-approval-monitoring#accelerated-evaluation>.

²² Le fasi, normalmente in sequenza, sono tre: 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*). Sul punto, più diffusamente, ma sempre con estrema chiarezza A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit. p. 440, cui si è debitori per questa attenta e precisa ricostruzione della diversa tipologia di autorizzazione.

²³ Sulla fase 4, cfr. la nota precedente.

²⁴ Cfr. *supra* la nota (7)

I fatti recenti e una più corretta ricostruzione del quadro giuridico di riferimento dimostrano purtuttavia che i cori di protesta nei confronti delle scelte governative non trovano, in questa direzione, efficaci argomenti a sostegno della loro tesi.

Allo stato attuale un obbligo vaccinale esiste, se pur parziale, non generalizzato ma sufficientemente esteso ad una serie ampia di persone (*over* 50, nonché lavoratori dei comparti sopra elencati a prescindere dall'età) tale per cui sia difficile ipotizzare che i poteri governativi vogliano sottrarsi alla responsabilità dei danni potenzialmente arrecabili da un vaccino che non ha completamente esaurito il suo corso di sperimentazione²⁵. Per onestà intellettuale è doveroso tuttavia precisare che l'imposizione dell'obbligo vaccinale viene introdotto solo quando risulta essere stata somministrata, su base volontaria, la prima dose, a più dell'80% della popolazione italiana.

Ma il punto di osservazione corretto sembra essere ancora un altro. Nel senso che non pare decisivo, in termini di assunzione di responsabilità da parte dello Stato, il fatto che la somministrazione sia stata imposta per legge, o risulti invece il risultato – più che di una raccomandazione – di una “spinta (non troppo gentile)” del Governo, capace di indirizzare i comportamenti dei singoli verso il perseguimento del benessere collettivo, attraverso decisioni sussumibili sotto l'etichetta di “paternalismo libertario” del potere pubblico²⁶.

Si consideri, infatti, in questa prospettiva che in Italia è in vigore dal 1992 la legge n. 210 la quale, proprio in ragione della impossibilità di eliminare completamente i rischi da terapie preventive vaccinali, ha previsto un fondo di indennizzo, rifinanziato ogni anno nella legge di stabilità, per le vittime dei danni irreversibili da vaccinazione obbligatoria (oltre che di emotrasfusione e di somministrazione di emoderivati).

Orbene, su tali previsioni si innestano quelle relevantissime “addizioni” in base alle quali la Corte Costituzionale (con le note decc. nn. 268/2017 e 118/2020, rel. Zanon)²⁷ ha

²⁵ Secondo G. SCARCELLI, *Note sul decreto legge 105/2021 che estende il green pass a attività e servizi della vita quotidiana*, in www.giustiziainsieme.it, «l'idea, poi, che lo Stato voglia che i cittadini si vaccinino senza responsabilità propria o di terzi sembra confermata anche dall'art. 3 del decreto legge, ora convertito in legge, n. 44/2021, detto di scudo penale, il quale statuisce 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, (...) la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme (...)”. Si è detto che lo scudo penale è stato posto a tutela dei medici e di tutto il personale sanitario e solo per essi, ma a me sembra, se non commetto errori, che, stante la genericità del testo, esso potrebbe applicarsi a tutti, e non solo ai medici, cosicché tutti potrebbero volersi proteggere dietro quello scudo, anche chi il vaccino l'abbia, ad esempio, prodotto, o commercializzato, o, direttamente o indirettamente, imposto, o indotto, ecc. ».

²⁶ Sul punto cfr. *supra* i riferimenti di cui alla nota (17).

²⁷ La Corte Costituzionale è chiamata a pronunciarsi con riferimento alla situazione posta dal giudice rimettente secondo cui, in caso di menomazione permanente dell'integrità psico-fisica derivante dalla vaccinazione raccomandata antinfluenzale, il mancato riconoscimento dell'indennizzo determini la violazione, innanzitutto, degli artt. 2 e 32 Cost. Sarebbe infatti leso «il diritto-dovere di solidarietà», poiché, in difetto di una prestazione indennitaria, il singolo danneggiato sarebbe costretto a sopportare le gravi conseguenze negative derivanti da un trattamento sanitario, raccomandato non solo a tutela della sua salute individuale, ma anche di quella collettiva. La disposizione censurata, inoltre – sempre ad avviso del giudice rimettente - violerebbe il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., poiché determinerebbe un'irragionevole differenziazione di trattamento tra coloro che si sono sottoposti a vaccinazione in osservanza di un obbligo giuridico e coloro che, invece, a tale vaccinazione si sono determinati aderendo alle raccomandazioni delle autorità sanitarie. L'irragionevolezza deriverebbe dal riconoscimento solo ai primi, in caso di menomazioni permanenti, del diritto all'indennizzo, a fronte del medesimo rilievo che raccomandazione e obbligo assumono al fine della tutela della salute collettiva. Il risarcimento, infatti, presuppone un nesso tra fatto illecito e danno ingiusto, mentre il diritto all'indennizzo, che prescinde dalla colpa, sorge a fronte del solo accertamento che la menomazione irreversibile consegua alla vaccinazione «e deriva dall'inderogabile dovere di solidarietà che, in questi casi, incombe sull'intera collettività», laddove quest'ultima tragga beneficio dal trattamento vaccinale del singolo (Corte Cost. n. 118 del 1996).

equiparato, ai fini dell'indennizzo, l'obbligo vaccinale in senso proprio a quelli che siano stati solo oggetto di campagna promozionale (es vaccini anti influenzali).

I ragionamenti effettuati dalla Corte Costituzionale, che nel precisare i rapporti tra prescrizione “medica” e prescrizione “giuridica” giunge a concludere per una necessaria equiparazione sostanziale delle richieste da indennizzo del singolo danneggiato derivante dalle due situazioni (vaccinazione obbligatoria, vaccinazione raccomandata), risultano davvero illuminati per le questioni in corso e possono essere estensibili – ad avviso chi scrive – alle eventuali richieste giurisdizionali di risarcimento del danno *ex art.* 2043 cc. relative alla situazione di effetti gravi irreversibili (che si dimostri) legate ai vaccini anti-Covid²⁸.

In altri termini la più ampia sottoposizione a vaccinazione, quale profilassi preventiva, può notevolmente alleviare il carico (non solo) economico che le epidemie determinano sul sistema sanitario nazionale e sulle attività lavorative. Per tale motivo le esigenze di solidarietà richiedono che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio subito dall'individuo, essendo fortemente ingiusto consentire che il soggetto danneggiato sopporti il costo del beneficio (anche) a vantaggio di tutti.

6. “Comunità del rischio” ed ambienti di lavoro: la schizofrenia normativa.

La maggior parte degli interventi normativi succedutisi in questi ultimi due anni – di cui si è detto – disciplinavano invero le attività lavorative²⁹, al fine di modularne lo svolgimento in relazione all'andamento della curva epidemica. Chiamando anche il datore di lavoro, in nome dell'emergenza, ad adottare una serie di soluzioni organizzative e di dispositivi di protezione³⁰, il legislatore ha inteso uniformare via via il livello di rischio interno ai luoghi di lavoro al livello presente all'esterno, affinché questi ultimi non divenissero sedi di trasmissione e diffusione del virus.

Da questo angolo visuale, del diritto del lavoro dunque questa volta, il movimento pendolare degli interventi legislativi sembrerebbe fortemente condizionato dalla delicatezza dell'ambito di intervento: nei confronti di un rischio che non ha confine alcuno a livello planetario, i più circoscritti confini dei luoghi di lavoro.

Ferma in ogni caso la possibilità per l'interessato di azionare anche l'ordinaria pretesa risarcitoria, che potrà eventualmente essere riconosciuta ove ricorrano le condizioni previste dall'art. 2043 c.c., il legislatore ha dunque previsto un'autonoma misura economica di sostegno, di natura indennitaria ed equitativa (Corte Cost. n. 118 del 1996), in caso di danno alla salute, il cui ottenimento dipende dal semplice fatto obiettivo dell'aver subito un pregiudizio. Tale misura consente agli interessati una protezione certa nell'*an* e nel *quantum*, non subordinata all'esperienza di un'azione di risarcimento del danno, che richiede l'accertamento di un fatto illecito e l'individuazione del responsabile (Corte Cost. n. 423 del 2000, n. 27 del 1998 e n. 118 del 1996).

²⁸ Così Corte Cost. n. 268 del 2017, n. 107 del 2012, n. 423 del 2000 e n. 27 del 1998. Una volta, dunque, accertato un nesso di causalità tra somministrazione del vaccino e menomazione permanente – arriva a concludere il giudice delle leggi – è il “patto di solidarietà” tra individuo e collettività in tema di tutela della salute che giustifica in entrambi i casi la traslazione a carico dello Stato della responsabilità e del conseguente obbligo di risarcimento per i danni da patologie irreversibili conseguite, pena la violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, secondo i principi enunciati nella giurisprudenza in materia.

²⁹ Si v., accanto alle raccomandazioni di utilizzo delle ferie e del lavoro agile contenute nei primi d.p.c.m., la stratificazione normativa prodottasi a seguito dell'emanazione dei d.l. 23 febbraio 2020, n. 6; 2 marzo 2020, n. 9; 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia); 10 maggio 2020, n. 29; 16 giugno 2020, n. 52; 14 agosto 2020, n. 104; 9 novembre 2020, n. 149; 23 novembre 2020, n. 154; 28 ottobre 2020, n. 137; 30 novembre 2020, n. 157; 5 gennaio 2021, n. 1; 12 febbraio 2021, n. 12; 18 maggio 2021, n. 65; 25 maggio 2021, n. 73.

³⁰ Cfr. B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2020, I, 237; M. Marazza, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia covid-19 (e oltre)*, ivi, 267 ss.; A. Carbonelli, *La scelta difficile tra lavoro e salute*, in Lavoro Diritti Europa, 2/2020, 2 s.; M. De Luca, *Tutela della salute nel lavoro: fra tradizione ed innovazioni al tempo del Covid-19*, ivi 3/2021, p. 1 ss.

Ed è proprio l'applicazione del *green pass* all'ambito della sfera lavorativa e professionale a revocarne subito in dubbio la mera riconducibilità ad uno strumento della teoria della "spinta gentile", sollevando non poche perplessità.

Se in ordine all'applicazione del certificato verde alle attività di tempo libero non pare possa sollevarsi dubbio alcuno in relazione alla natura "incentivante"³¹, per le attività lavorative, il sistema di sanzioni e di disincentivi che vi sono stati collegati rendono la spinta non particolarmente gentile, al punto da indurre ad ipotizzare una surrettizia imposizione di un obbligo vaccinale³².

A seguito degli ultimi interventi normativi, con particolare riferimento ai lavoratori over 50, il sistema di "induzione" alla vaccinazione nel contesto lavorativo risulta particolarmente incisivo: se vuoi lavorare devi avere il *green pass*; per avere il certificato verde puoi vaccinarti oppure dimostrare di essere guarito dal covid o, ancora, puoi effettuare il tampone periodicamente (ma solo se non hai ancora 50 anni); se decidi di non vaccinarti e non sei tra i soggetti esentati dalla vaccinazione dal sistema sanitario, devi assumerti i costi del tampone; se non vuoi assumerti i costi del tampone, e quindi non hai il *green pass*, non puoi entrare al lavoro; se non entri al lavoro, non potendo effettuare lavoro da remoto, non lavori e quindi sei assente ingiustificato; in quanto tale vai incontro alle speciali sanzioni previste per l'assenza dovuta alla carenza di certificato verde, per cui non riceverai la retribuzione.

Il Conseil Constitutionnel francese³³ ha escluso che la legge relativa alla gestione della crisi sanitaria nazionale introducesse una «*obligation de vaccination*» sulla scorta del rilascio del certificato verde non soltanto ai vaccinati ma altresì ai guariti e, soprattutto, a chi avesse effettuato un test antigenico rapido o molecolare con esito negativo al virus.

Tale approdo non può che ritenersi condivisibile, almeno nei casi e fino a quando il ricorso al tampone rappresenterà una alternativa effettivamente praticabile per l'accesso al lavoro dei non vaccinati.

Laddove purtuttavia e dal momento in cui le modalità per ottenere il *green pass* non raffigurino reali e praticabili alternative all'effettuazione della vaccinazione, la previsione normativa sembra non poter sfuggire al sospetto di una sua imposizione.

³¹ Cfr. S.P. EMILIANI, *Obblighi di sicurezza e pericoli derivanti dalla presenza sul luogo di lavoro di persone prive di "Green Pass"*, in *Lavoro Diritti Europa*, 4/2021, 4 ss.; L. PAPA, N.A. MAGGIO, *Il lungo viaggio "senza fermate giurisprudenziali" del green pass (e della sua obbligatorietà) nel nostro ordinamento*, ivi, 7 ss.; M. RUSSO, *Per "riveder le stelle" serve la ricerca giuslavoristica? Riflessioni sul lavoro tra vaccino anti-Covid e green pass*, ivi, 15 ss.

³² Cfr., dopo l'originario dibattito relativo alla capacità di inferire un obbligo di vaccinazione dall'art. 2087 c.c., alla luce delle disposizioni costituzionali (P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 1, 2 ss.; e O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, ivi, 2 ss.) e a seguito dell'introduzione del *green pass*, M. LOMBARDI, *Vaccini anti-COVID19 e rapporto di lavoro. Libertà, responsabilità, obbligo*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3/2021, p. 1 ss.; P. PASCUCCI, *SARS-CoV-2 e obbligo dei lavoratori di vaccinarsi*, ivi, p. 1 ss.; M. VERZARO, *Solo la norma può sancire gli effetti*, ivi, p. 1 ss.; S. BELLOMO, *Vaccinazione Covid-19 e rapporto di lavoro: quali conseguenze per gli "obiettivi"?*, in *Labor*, 23 gennaio 2021; C. CESTER, *Vaccinazione anti Covid-19 e rapporto di lavoro*, ibidem; E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Enrico Gragnoli*, ivi, 22 gennaio 2021; L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Lorenzo Zoppoli*, ivi, 22 gennaio 2021; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Adalberto Perulli*, ivi, 25 gennaio 2021; V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19. Perché serviva il decreto legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2021, 292 ss.; A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi*, 2021, iv ss.; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2021, 2 ss.

³³ Cfr. decisione n. 2021-824 del 5 agosto 2021, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

L'obbligatorietà del (super) *green pass*, così puntellata da sanzioni e condizioni, ha profondamente allontanato la disciplina dai primi interventi del legislatore in materia, come dimostra la lettura della versione originaria dell'art. 9-bis del d.l. 52/2021.

La disposizione aveva introdotto l'obbligo in capo a ciascun cittadino, a decorrere dal 6 agosto 2021, di esibire la certificazione verde per poter fruire di un consistente numero di servizi e di attività. La previsione aveva come primo obiettivo quello di «fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19», salvaguardare la salute di tutti i cittadini che si recano nei luoghi che, per alcune caratteristiche e a determinate condizioni, sono considerati particolarmente rischiosi (perché ad esempio più affollati) e quindi forieri di contagio³⁴.

Le finalità di tutela dell'ordine pubblico hanno elevato la disposizione al rango di norma imperativa, «che necessariamente va ad integrare qualsiasi programma contrattuale», ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. Di tal che, anche la tutela della salute e sicurezza nei contesti di lavoro avrebbe dovuto fin da principio dirsi inclusa nella più ampia strategia di prevenzione dei contagi. D'altro canto, la norma non circoscriveva il proprio ambito di applicazione, limitandosi a stabilire che l'accesso a determinati luoghi «è consentito» indistintamente a tutti, purché in possesso del *green pass*. In assenza di una «distinzione netta tra chi quel luogo ne può usufruire per ottenere dei servizi o acquistare dei beni (il cittadino consumatore) e chi in quei medesimi luoghi deve accedere per prestare la propria attività di lavoro (il cittadino lavoratore)»³⁵, il *green pass* avrebbe potuto ritenersi imposto dalla previsione normativa anche nei luoghi di lavoro. Non fosse altro perché l'esclusione dei lavoratori che svolgono mansioni di “contatto” ma pur sempre in contesti soggetti allo stesso rischio, avrebbe potuto vanificare gli stessi obiettivi di tutela perseguiti³⁶.

Con una certa dose di schizofrenia, si potrebbe dire, o forse proprio nel tentativo di ostacolare l'insinuarsi dell'obbligo di certificazione verde nei luoghi di lavoro, e per il suo tramite dell'obbligo vaccinale, sulla scorta di una interpretazione meramente letterale della previsione normativa, è stato riservato allo stesso soggetto un trattamento diversificato a seconda che lo si considerasse accedere a quei luoghi quale utente di un servizio o lavoratore.

In aperta contraddizione con la *ratio* della disposizione, di contenimento del rischio di contagio in ambienti particolarmente rischiosi, i servizi “consumati” da cittadini in possesso del certificato verde sono stati erogati per il tramite di prestatori non tenuti al possesso del certificato stesso.

Non bisogna certo scomodare Suppiej sulla «inscindibilità della soddisfazione dell'interesse di ciascuno, dalla contemporanea soddisfazione degli interessi di tutti»³⁷ per rimarcare come l'interesse alla sicurezza del singolo si leghi ad un analogo interesse di tutti coloro che condividono il medesimo ambiente. La pandemia, e le prime misure di contrasto, hanno messo in luce la stretta connessione che vi è non solo fra “ambiente interno” e “ambiente esterno” ma anche fra salute pubblica e salute occupazionale. Non potrebbe essere diversamente, soprattutto in una fase pandemica, in cui l' “ambiente interno” tende progressivamente a perdere di rilevanza ponendosi in comunicazione con quello più ampio e circostante, assorbendone i rischi ma anche generandone di nuovi³⁸. La deviazione applicativa della norma finisce per contrastare anche con i principi base della prevenzione nei luoghi di lavoro il cui concetto si sostanzia in un «complesso delle disposizioni o misure

³⁴ G. BENINCASA – G. PIGLIALARMI, *Green Pass e rapporti di lavoro*, in Working Paper Salus, 2021, 7, 5-6.

³⁵ G. BENINCASA – G. PIGLIALARMI, Op. e loc. cit.

³⁶ P. PASCUCI – C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1° aprile 2021*, n. 44, Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale, 2021, 1, 155 – 156.

³⁷ G. SUPPIEJ, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1988, I, 446.

³⁸ ILO, *Safety and Health at the heart of the future of work. Building on 100 years of experience*, 2019, 42 ss.

necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno». Con il che, qualora dalle condizioni di lavoro possa essere esposta in qualche modo al rischio «la salute» non solo del prestatore ma, come si legge nell'art. 2, lett. g) della «popolazione», la prima dovrà essere garantita per salvaguardare anche l'integrità dell'«ambiente esterno».

Di qui, l'attesa era che si arrivasse a considerare oggetto della previsione normativa non una determinata categoria di soggetti ma la comunità intera, a prescindere dai loro status giuridici, data la comune esposizione allo stesso rischio.

In tale prospettiva si sono mosse le singole imprese, estendendo l'obbligo del *green pass* ai propri lavoratori, e Confindustria, con una nota che, divenuta oggetto di ampio confronto, non è riuscita purtroppo a sfociare in un accordo con le parti sociali³⁹.

E mentre una parte della dottrina⁴⁰ ha pensato di riproporre ancora una volta l'art. 2087 c.c. quale fulcro della pretesa datoriale di richiedere il *green pass* come misura volta a garantire un ambiente di lavoro sicuro, altra parte ha continuato ad invocare la necessità di una previsione legislativa⁴¹.

Il legislatore dal canto suo, dopo aver previsto la vaccinazione quale «requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative» del personale sanitario⁴², con l'art. 1, comma 6 del d.l. 6 agosto 2021, n. 111, ha introdotto

³⁹ C. LAZZARI, *Obbligo vaccinale, Green pass e rapporto di lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, 6.

⁴⁰ Cfr. *supra* nota (32) e, in part., S.P. EMILIANI, *Obblighi di sicurezza e pericoli derivanti dalla presenza sul luogo di lavoro di persone prive di "Green Pass"*, cit., 5 ss.; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, cit., 2 ss.; G. PROIA, *Emergenza Covid, impatto sul sistema della sicurezza del lavoro e obblighi di vaccinazione*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2021, p. 400 ss.

⁴¹ V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19. Perché serviva il decreto legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, cit., 292 ss.; A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, cit. viii ss.; L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2021, 6 ss.; M. MARINELLI, *Il vaccino anti Covid-19 e l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2021, 329 ss.

⁴² *Funditus* P. VERONESI, *L'obbligo vaccinale anti-Covid per chi opera nella sanità: le ragioni costituzionali di una (legittima) scelta legislativa (come quella del green pass)*, in *Studium Iuris*, 2021, 1309 ss. L'introduzione dell'obbligo, per lungo tempo attesa in dottrina (v. *supra* nota (42)), ha immediatamente sollevato in parte dell'opinione pubblica critiche di incostituzionalità che, a vario titolo, si sono riflesse sul rapporto di lavoro, dinnanzi al rifiuto del datore di far accedere in azienda chi non si fosse vaccinato, con conseguenti impugnazioni giudiziali. Ma la giurisprudenza (per una rassegna analitica v. M. MISCIONE, *La giurisprudenza sulla legislazione Covid*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2022, 91 ss.), chiamata a interrogarsi sulla legittimità di sospensioni del rapporto di impiego disposte per evitare rischi ambientali di contagio, ha senza incertezze affermato la piena legittimità dell'impianto legislativo, rilevando come l'adempimento dell'obbligo vaccinale per i soggetti onerati costituisca condizione essenziale di esercizio della professione (cfr. Trib. Modena, 23 luglio 2021, n. 2467) e confermando, in virtù della sinallagmaticità del rapporto, l'assenza di un diritto del dipendente a percepire la retribuzione (Trib. Verona, 24 maggio 2021; Trib. Milano, 16 settembre 2021, n. 2135). In un'occasione, in virtù della temporaneità dell'emergenza, si è anche respinta la questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 44 del 2021 sollevata dal lavoratore in relazione all'art. 32 Cost. Analoga conferma dell'impianto normativo è giunta dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. in part. Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045). Si è infatti rilevata la necessità dell'intervento legislativo sulla base della «prevalenza del diritto fondamentale alla salute della collettività rispetto a dubbi individuali o di gruppi di cittadini sulla base di ragioni mai scientificamente provate» e la stessa contrarietà del rifiuto di vaccinazione al c.d. «giuramento di Ippocrate», estendendo la questione a profili di indubbio interesse sul piano deontologico. Analoghe considerazioni si rinvencono in Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2021, n. 6098, ove la pretesa di evitare l'obbligo di vaccinazione viene ritenuta fondata esclusivamente su una «malintesa concezione unilaterale della tutela dei diritti», dimentica del piano collettivo e, pertanto, priva di un «supporto in diritto».

L'obbligo di esibizione del *green pass* nei confronti di tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario. Ambiti questi da cui è iniziata la svolta della certificazione verde verso i diversi contesti lavorativi. Che si è inteso però mantenere saldamente nelle mani del legislatore statale nel momento in cui, contro gli intendimenti di alcuni presidenti di regione⁴³, in sede di conversione del d.l. 105/2021, è stato precisato che «ogni diverso o nuovo utilizzo delle certificazioni verdi Covid-19 è disposto esclusivamente con legge dello Stato»⁴⁴.

Assurto a requisito per accedere a qualsiasi luogo di esecuzione della prestazione e compreso il diritto a svolgere la propria attività lavorativa, il certificato verde acquisisce oggi legittimità solo nell'ottica del bilanciamento tra l'art. 4 cost. e l'art. 32 cost., quest'ultimo richiamato implicitamente e ripetutamente nelle diverse norme, laddove si fa riferimento alle «esigenze di salute pubblica». E necessariamente per un periodo limitato di tempo⁴⁵. Nel bilanciamento dei contrapposti interessi, vi sarebbe certamente la prevalenza della salvaguardia della salute e del contenimento del contagio, ma solo a fronte di una limitazione del diritto al lavoro per un periodo di tempo limitato e con conseguenze di solo carattere pecuniario sul rapporto di lavoro⁴⁶.

Di qui, la lettura secondo cui la legislazione dell'emergenza pandemica, che si è progressivamente stratificata a partire dalla primavera del 2020, è indirizzata alla regolamentazione delle attività lavorative ma precipuamente finalizzata alla tutela della salute pubblica, con esclusione della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori⁴⁷.

L'interpretazione è accolta, più di recente, anche dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Siciliana, 17 gennaio 2022, n. 38, che ha esteso l'obbligo di vaccinazione anche ai tirocinanti. Ma la decisione è singolare, poiché, al fine di valutare la questione di legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale, demanda ad uno specifico organo consultivo, che si vuole composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il Ministero della salute e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria, il compito di inoltrare una dettagliata relazione su molteplici questioni di carattere tecnico e, segnatamente, sulle «modalità di valutazione di rischi e benefici operata, a livello generale, nel piano vaccinale e, a livello individuale, da parte del medico vaccinatore». La relazione dovrà essere depositata entro il 28 febbraio 2022.

⁴³ L'impianto della normativa emergenziale è invero continuamente stato caratterizzato da giri di valzer tra circoscrizione del ruolo delle Regioni all'introduzione di misure ulteriormente restrittive per far fronte all'emergenza epidemiologica a fronte di situazioni territoriali tali (cfr. d.l. n. 19 del 2020) e devoluzione, antitetica, dell'applicazione di misure meno restrittive (cfr. d.l. n. 125 del 2020). Così, in sede di Conferenza Stato-Regioni del 4 agosto 2021, nella formulazione del parere sul disegno di conversione in legge del d.l. n. 105 del 2021, non si era mancato di rilevare il disappunto dei territori con popolazione inferiore al milione di abitanti e a vocazione turistica, che, proprio in virtù dell'importanza economica di mantenere i flussi turistici, avrebbero preferito diverse modulazioni delle misure di contenimento della pandemia.

⁴⁴ Art. 3, comma 2, ult. periodo, del d.l. n. 105/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 126/2021. In questo senso anche la Corte cost. 12 marzo 2021, n. 37 secondo cui le Regioni, anche se dotate di autonomia speciale, non possono invadere con una propria legge le materie aventi ad oggetto generale la pandemia covid, diffusa a livello globale e perciò affidata alla competenza esclusiva dello Stato *ex art.* 117 Cost. in quanto riguardante la «profilassi internazionale».

⁴⁵ V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid 19. Perché serviva il decreto legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, cit., 292 ss.; P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1° aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, 152 ss.; F. FERRARO, *Sulle conseguenze della mancata vaccinazione dopo il d.l. 44*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3/2021, 1 ss.; G. ZAMPINI, *La vaccinazione anti SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro dopo il d.l. n. 44/2021*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2021, 85 ss.

⁴⁶ Cfr. in particolare Corte cost. 11 novembre 2021, n. 213, laddove ha ritenuto come la legislazione emergenziale sia giustificata dall'eccezionalità della situazione e dalla necessità di risposte rapidi ed efficaci, ma il sacrificio richiesto ad alcuni in favore della collettività, fondato sul «dovere di solidarietà sociale, nella sua dimensione orizzontale», sia temporaneo e non si protragga troppo a lungo, sino a determinare il rovesciamento del rapporto regola-eccezione.

⁴⁷ Ad analoghe considerazioni era giunto Trib. Belluno, 6 maggio 2021, n. 328, cit. nel respingere la questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 44 del 2021 sollevata dal lavoratore.

Abstract

Il contributo si interroga in merito al rapporto tra introduzione del *green pass* e previsione dell'obbligo vaccinale nell'ottica delle politiche di *nudge regulation*. Confrontandosi con le più recenti decisioni giurisprudenziali e non senza rilevare la schizofrenia normativa degli ultimi mesi, le Autrici rilevano come il disegno legislativo, per pervasività e invadenza, non sembri esattamente attagliarsi alla definizione, specie in ragione degli oneri che essa determina nell'ambito del rapporto di lavoro.

Green pass and compulsory vaccination, in the rational science prism.

The contribution investigates the relationship between the introduction of the green pass and the provision of compulsory vaccination in the perspective of nudge regulation policies. Comparing themselves with the most recent jurisprudential decisions and not without emphasizing the schizophrenic legislation of recent months, the Authors observe that the legislative design, pervasiveness and intrusiveness, does not seem to be exactly suited to the definition of nudge, especially in view of the costs that it determines within the employment relationship.