



EDITORIALE – 8 SETTEMBRE 2021

Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo.

di Annamaria Poggi
Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Torino



Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo.

di Annamaria Poggi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Torino

Sommario: 1. Le polemiche sull'utilizzo del green pass da parte del Governo. 2. Condizioni e limitazioni: i diversi decreti legge. 3. E' davvero incostituzionale? 4. Conclusioni.

1. Le polemiche sull'utilizzo del green pass da parte del Governo

L'annuncio del Governo di estendere l'operatività del c.d. Green Pass (o certificato da Covid-19) dalla sfera dei viaggi all'estero a molteplici attività interne di carattere produttivo e non, ora inserito nel decreto legge 6 agosto 2021, n. 111, in fase di conversione in Parlamento, sta suscitando molte polemiche.

Nel giro di pochi giorni le critiche contro tale estensione si sono propagate dal mondo della politica a quello intellettuale e culturale. Ben due documenti provenienti dal mondo accademico (di cui uno redatto da giuristi)¹ rivolgono numerose critiche contro tale strumento (e contro il Governo). Tre di esse, per quanto qui interessa vanno evidenziate: il suo essere strumento mistificatore (dell'obbligo vaccinale); l'essere incostituzionale in quanto in contrasto con il Regolamento UE 2021/953 che ha introdotto il Green pass al solo scopo di limitare la circolazione a scopo di viaggio; infine l'essere strumento discriminatorio tra coloro che potendolo ottenere possono accedere ad una serie di libertà costituzionalmente garantite e coloro che, invece, non volendolo o potendolo richiedere sarebbero esclusi dal godimento di tali diritti.

Le questioni sono molto delicate e liquidarle, come pure si è fatto in questi giorni da parte di taluni commentatori, rispedendo al mittente le critiche in nome di una superiore tutela del bene pubblico collettivo o, peggio, dell'incompetenza sul tema sanitario da parte di coloro che hanno redatto o sottoscritto tali documenti, non è rispettoso della profondità e latitudine dei rilievi mossi. Occorre invece prendere sul serio tali critiche e con esse confrontarsi.

¹ Il primo è stato redatto dall'Osservatorio per la legalità costituzionale con il titolo *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass* e il secondo è un *l'Appello dei docenti universitari contro la natura discriminatoria del "green pass", per ribadire che l'Università è un luogo di inclusione e per avviare un serio e approfondito dibattito sui pericoli di una tale misura, evitando ogni forma di esclusione e di penalizzazione di studenti, docenti e personale tecnico-amministrativo.*

2. Condizioni e limitazioni: i diversi decreti legge

Il green pass è stato introdotto inizialmente con il d.l. 52/2021 per situazioni perlopiù connesse a viaggi all'estero. Tale decreto legge, inoltre, ha disciplinato il quadro delle misure da applicare dal 1° maggio al 31 luglio 2021 per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali rinviando – da una parte - a quanto previsto dal d.P.C.m. 2 marzo 2021 prorogandone la vigenza al 31 luglio, salvo quanto previsto dal decreto-legge medesimo e – dall'altra parte – estendendo al 31 luglio 2021 la possibilità di adottare provvedimenti di contenimento dell'emergenza ai sensi dei decreti-legge n. 19 del 2020 e n. 33 del 2020. Successivamente, è intervenuto sulla materia il decreto-legge n. 65 del 2021, che ha disposto la riapertura di una serie di attività a partire dal mese di giugno secondo diverse gradazioni, unitamente al decreto-legge n. 54 che ha previsto la proroga di alcuni termini. Entrambi i provvedimenti sono confluiti nel decreto-legge n. 52 del 2021 attualmente in sede di esame parlamentare. Da ultimo sono stati adottati il decreto-legge n. 105 del luglio 2021 e il decreto-legge n. 111 del 6 agosto 2021. Con il decreto-legge n. 105 è stato prorogato direttamente con fonte legislativa (articolo 1 del decreto-legge) lo stato di emergenza al 31 dicembre 2021. Contestualmente è stata prorogata al 31 dicembre 2021 la facoltà di adottare provvedimenti di contenimento dell'emergenza sanitaria da COVID-19, ai sensi dei decreti-legge n. 19 del 2020 e n. 33 del 2020, stabilendo altresì - per il periodo dal 1° agosto e fino al 31 dicembre 2021 - l'estensione dell'applicazione delle misure di contenimento della diffusione dell'epidemia da Covid-19 già adottate con il d.P.C.m del 2 marzo 2021.

Con il d.l. 105/2021 è stato imposto, dal 6 di agosto, con almeno una dose per varie attività tra cui: palestre, piscine, teatri, musei, cinema, mostre, spettacoli, stadi, fiere, convegni, congressi, parchi di vario genere, sale gioco e scommesse, ristoranti e bar al chiuso, mense di dipendenti privati e pubblici.

Dal 1 settembre con il d.l. 111 è scattato l'obbligo anche per scuola e università (personale, docenti e studenti), bus, aerei, treni (solo con tratte interregionali e nazionali), traghetti e navi (anche qui con tratte interregionali ed escluso lo stretto di Messina).

Il Governo sta inoltre lavorando per renderlo obbligatorio nel trasporto pubblico locale (sostanzialmente in collegamento con la ripresa dell'anno scolastico) e per tutti i dipendenti pubblici, nonché per i dipendenti privati, tramite un'interlocuzione con Confindustria.

3. E' davvero incostituzionale?

Nel percorso sommariamente descritto difficile rinvenire una vera e propria continuità soprattutto tra il primo green pass (introdotto a livello europeo) e quelli successivi (introdotto dal Governo italiano).

Il primo decreto legge, infatti, si basava sul Regolamento UE 2021/953, approvato dal Parlamento e dal Consiglio il 14 giugno ed entrato in vigore dal 1 luglio che ha istituito il Green Digital Certificate per

spostarsi in libertà tra i paesi europei e dell'area Schengen e allo scopo di impedire ai Paesi UE di imporre ulteriori restrizioni – oltre appunto il possesso del green pass – per viaggiare nell'UE, garantendo in tal modo la libera circolazione, uno dei pilastri dell'integrazione, sostanzialmente sospesa durante la prima ondata pandemica.

E' questo uno dei punti, non a caso, oggetto di critica, soprattutto in uno dei documenti richiamati al paragrafo precedente. A detta degli estensori del documento *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del c.d. decreto green pass*, con il d.l. 105 "l'ordinamento giuridico italiano non recepirebbe le scelte del diritto europeo in materia di Green pass, ovvero la facilitazione della libertà di circolazione in sicurezza tesa a sopprimere la quarantena obbligatoria. Al contrario il d.l. n. 105/2021 sembrerebbe conferire al Green pass natura di norma cogente ad effetti plurimi di discriminazione e trattamento differenziato. Prima dell'entrata in vigore dell'ultimo decreto-legge, che impedisce ai cittadini privi di Green pass di svolgere determinate attività e di poter accedere ad una serie di luoghi, che contribuiscono al benessere psico-fisico ed alla tutela della dignità umana, il quadro normativo espresso dal nostro ordinamento sembrava porsi in armonia con quello europeo e non se ne ravvisavano profili di possibile illegittimità costituzionale" (pagg. 9-10). Da ciò si desume la sua incostituzionalità e la tesi della necessità di una sua disapplicazione da parte dei giudici eventualmente chiamati ad applicare il decreto legge o la legge di conversione in sede giudiziaria.

La critica, tuttavia, non è indenne, a sua volta, da rilievi critici. Perché è evidente che, mentre il decreto legge n. 52, in effetti poteva considerarsi applicazione del Regolamento UE, la stessa cosa non può dirsi per il d.l. 105 che, invece, come emerge chiaramente dai pareri delle Commissioni parlamentari sulla sua conversione in legge, è stato pensato allo scopo di "fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche", come del resto recita il titolo del disegno di legge di conversione.

In sostanza, il decreto legge n. 105 non ha lo stesso scopo del decreto legge n. 52 e dunque non è così logico assimilarne le norme e sostenere la sua illegittimità costituzionale per contrasto con il regolamento UE. Non a caso il primo è conseguenza della proroga dello stato di emergenza sino al 31 dicembre 2021 e le norme in esso contenute non hanno lo scopo di facilitare la circolazione tra i Paesi UE, bensì quello di agevolare la ripresa delle attività economiche e sociali. L'errore è stato (e continua ad essere) quello di denominare allo stesso modo i due strumenti, ma la loro sostanza è chiaramente differente.

Del resto molti Paesi europei hanno seguito lo stesso percorso, introducendo, dopo il primo green pass, altri strumenti il cui possesso condiziona l'esercizio di talune attività. La Francia ha subordinato alla presentazione del certificato Covid alcune attività (ristorazione e trasporto pubblico); il Portogallo e l'Irlanda alle sole attività di ristorazione. In Spagna l'obbligo del certificato Covid è più esteso e riguarda

molteplici servizi e locali pubblici. Altri Paesi europei non hanno varato un certificato analogo ma richiedono comunque la presentazione di un tampone negativo o un certificato di vaccinazione per eventi al chiuso (Germania e Austria ma per una gamma di servizi e attività assai più ampia).

Una seconda critica attiene la mistificazione dell'obbligo vaccinale che attraverso l'introduzione del green pass viene operata, in quanto "la certificazione verde finirebbe per costituire l'imposizione, surrettizia e indiretta, di un obbligo vaccinale per quanti intendano circolare liberamente e/o usufruire dei suddetti servizi o spazi. Ne conseguirebbe la violazione della libertà personale, intesa quale legittimo rifiuto di un trattamento sanitario non obbligatorio per legge, o comunque di continue e quotidiane pratiche invasive e costose quali il tampone", poiché "soltanto una legge che imponga la vaccinazione obbligatoria – ove sussistano i presupposti legali e scientifici – potrebbe costituire valido fondamento giuridico al green pass di tipo prescrittivo" (*Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del c.d. decreto green pass*, pagg. 15). La critica è chiara: il green pass dovrebbe fondarsi su una legge che impone l'obbligo vaccinale (legge della cui opportunità peraltro si dubita). In assenza di tale legge il green pass sarebbe illegittimo perché privo del fondamento costituzionale (art. 32 Cost.).

Sul punto della necessità di una legge base fondativa della legittimità del green pass si può lungamente discutere e probabilmente senza giungere ad esiti incontrovertibili.

E' veramente necessaria una copertura costituzionale al certificato Covid 19? A prima vista direi di no, mentre è sicuramente necessaria una legge sull'obbligo vaccinale. Il certificato Covid non è un trattamento sanitario obbligatorio, perché comunque consente una scelta diversa, quella di sottoporsi a tampone. Che si tratti di una scelta che impedisce l'esercizio di diritti è discutibile, poiché potrebbe invece ritenersi una scelta che condiziona l'esercizio di determinate attività, come ve ne sono moltissime, soprattutto in campo economico-produttivo. Ma ne ve sono anche nel campo dell'esercizio di diritti personali: la stessa libertà di circolazione può essere assoggettata a vincoli e limiti "per motivi di sanità e sicurezza" (art. 16 Cost.). Molto spesso l'esercizio di diritti è condizionato da modalità non limitative ma, appunto, condizionanti l'esercizio dei diritti stessi. Certo in questo caso si tratta di condizionamenti pesanti, ma le circostanze pandemiche che ci troviamo ad affrontare sono del tutto eccezionali e non possono costituire un'unità di misura ordinaria.

Tutto ciò richiede comunque due precisazioni.

La prima è che indubbiamente il Governo poteva scegliere tra introdurre l'obbligo vaccinale ovvero operare attraverso strumenti diversi, come il certificato Covid, che, comunque presuppongono o la vaccinazione ovvero il sottoporsi costantemente ad accertamenti antigenici.

Non è dunque di scelta illegittima che occorre discutere, ma soltanto di scelta "politica". Non vi è dubbio, infatti, che questa è stata una scelta politica, indotta dalla precisa contrarietà all'obbligo vaccinale

manifestata a più riprese da talune forze politiche che sostengono questo Governo (in particolare Lega e Movimento 5 stelle). Ancora oggi, dopo aver ritirato gli emendamenti presentati in sede di conversione del decreto legge n. 105 gli esponenti della Lega hanno comunque ribadito la loro contrarietà all'obbligo vaccinale.

La seconda è che sarebbe preoccupante (e questa volta al limite dell'incostituzionalità) che il sistema del green pass proseguisse oltre lo stato di emergenza, per ora prorogato al 31 dicembre 2021. Come sempre gli strumenti eccezionali hanno senso e copertura costituzionale nella misura in cui sono temporanei. Non è pensabile far divenire regola l'eccezionalità e dunque a quel punto davvero il Governo dovrebbe valutare, se la situazione pandemica fosse ancora preoccupante, di introdurre l'obbligo vaccinale. Sappiamo, infatti, che la virata impressa ultimamente dal Governo è collegata ad almeno due fattori: il rallentamento della campagna vaccinale (sono diverse settimane che non si raggiunge la quota giornaliera dei 500.000 vaccinati giornalieri) e l'insorgere della variante Delta che ha innalzato la soglia dell'immunità di gregge. Sino a che non si raggiungerà l'immunità vi è sempre il timore di nuove varianti che potrebbero "bucare" la protezione del vaccino e rendere vani gli sforzi collettivi.

E' quanto, del resto, si fece già con il famoso decreto legge n. 73 del 2017 che portò il numero di vaccinazioni obbligatorie nell'infanzia e nell'adolescenza nel nostro Paese da quattro a dieci, con l'obiettivo di contrastare il progressivo calo delle vaccinazioni giunte sotto la soglia del 95%. Come noto quel decreto legge fu impegnato da diverse Regioni davanti alla Corte che con la sentenza n. 5 del 2018 salvò la scelta del Governo in maniera assai netta affermando, tra l'altro, in motivazione che «a fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro, questa Corte ritiene che rientri 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».

La terza e ultima critica è quella contenuta nell'appello "No Green Pass" sottoscritto da numerosi docenti universitari che ritengono che anche nella situazione emergenziale presente «si debba preservare la libertà di scelta di tutti e favorire l'inclusione paritaria, in ogni sua forma. Nella situazione attuale, o si subisce il green pass, oppure si viene esclusi dalla possibilità di frequentare le aule universitarie e, nel caso dei docenti, si è sospesi dall'insegnamento: tutto questo viola quei diritti di studio e formazione che sono garantiti dalla Costituzione e rappresenta un pericoloso precedente. In sostanza, la "tessera verde" suddivide infatti la società italiana in cittadini di serie A, che continuano a godere dei propri diritti, e cittadini di serie B, che vedono invece compressi quei diritti fondamentali garantiti loro dalla Costituzione

(eguaglianza, libertà personale, lavoro, studio, libertà di associazione, libertà di circolazione, libertà di opinione)».

Che il green pass operi una distinzione tra chi è in possesso della certificazione e chi no è indubbiamente vero, che tale distinzione sia discriminatoria è del tutto discutibile. Soprattutto è discutibile che tale distinzione violi il principio di uguaglianza, nel suo significato di indiscutibile principio che impone di trattare in maniera eguale le situazioni uguali e in maniera diversa quelle differenti.

Anzi si potrebbe affermare, senza provocazione alcuna, che lo strumento del green pass costituisce attuazione corretta del principio di uguaglianza, proprio in quanto opera trattamenti differenziati in presenza di situazioni di fatto diverse.

4. Conclusioni

Se di tutto si può, ed anzi si deve discutere in una comunità scientifica, una critica può forse essere rivolta a quanti in questo momento in varie forme e appelli rivendicano solo diritti, e cioè che la nostra Costituzione prevede anche doveri. A parte il dovere specificamente contenuto nell'art. 32 di obbligo vaccinale (per la verità spesso richiamato) è soprattutto l'art. 2 che mi pare oscurato nel dibattito, precisamente nella parte che impegna la Repubblica contestualmente al riconoscimento dei diritti e alla richiesta dell'adempimento dei doveri di solidarietà politica economica e sociale.

Se non confiniamo i doveri nell'”empireo morale” essi sono, al pari dei diritti, espressione di solidarietà e strumenti di “integrazione” sociale. Al di là della loro origine morale e religiosa (che peraltro condividono con i diritti) i doveri caratterizzano come i diritti le diverse “stagioni costituenti” e proprio la loro individuazione è un tentativo, spesso riuscito, di compattare le comunità e dare valore e sostanza alla stessa idea di comunità.

Nell'Italia del 1948 l'integrazione ritenuta indispensabile poggiava sia su motivazioni di tipo politico che economico e sociale, per cui in quella stagione potevano trovare spiegazione doveri politici che oggi non sono più avvertiti come imprescindibili collanti della vita sociale. L'obbligo della leva ben a ragione poteva essere considerato uno strumento di rafforzamento dell'identità nazionale e di stemperamento delle differenze sociali e territoriali. Come, d'altro canto, nell'Italia del 1861 la centralizzazione e la statalizzazione dell'istruzione fu considerata elemento strategico di unificazione del Paese. Sono, in sostanza, le stesse trasformazioni cui la comunità è soggetta e le nuove dinamiche che tali trasformazioni comportano a richiedere un continuo adeguamento dei doveri come collanti. Oggi quel collante ci deriva dalla necessità di affrontare come “comunità” la situazione pandemica. Certo, il dovere non può avere solo il volto arcigno ed intrusivo del comando statale o del sacrificio cui non è correlato visibilmente il beneficio che produce. Se esso, in altri termini, rinvia unicamente all'impostazione del rapporto autorità-



libertà tipico del liberalismo, certamente esso non è in grado di divenire elemento “inclusivo” nei moderni sistemi democratici.

Ma se, come mi pare più rispondente all’ispirazione dell’art. 2 Cost. e al significato storico ed evolutivo del concetto, la solidarietà è la profonda relazione che lega gli uomini tra loro allora esso è necessariamente connesso all’idea di reciproco aiuto e sostegno, in quanto consapevoli della profonda interdipendenza della sorte di ognuno a quella di tutti. In questa prospettiva gli impegni che i consociati assumono non discendono unicamente dal comando statale (o comunque di altra autorità legittimata) ma, più profondamente, sono assunti in quanti “parti” di una comunità.

In questa prospettiva sono, però, del tutto condivisibili le critiche indirizzate ad una gestione solitaria dell’emergenza da parte del Governo, sia pur esso un Governo di unità (o quasi) nazionale. L’estromissione del Parlamento dalle scelte più rilevanti (aggravato dal ricorso alla fiducia) non risponde a quell’idea di una Repubblica che riconosce diritti e nel contempo richiede l’adempimento in solidarietà dei doveri.