

Audizione informale del 7 ottobre 2021 presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica, in ordine al Ddl di conversione del decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127, recante 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

di Corrado Caruso – Professore associato di diritto costituzionale nell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Contro i cantori di sventura. Il governo dell'emergenza entro le coordinate costituzionali. – 2. In sintesi: la strategia di contrasto alla pandemia. – 3. La certificazione verde dopo il d.l. n. 127 del 2021. Un trattamento sanitario obbligatorio ma alternativo. – 4. La mancata estensione agli avvocati: inopportunità o irragionevolezza? – 4.1 Il necessario coordinamento con le sanzioni riservate al personale scolastico e universitario. – 5. Il tampone gratuito: una misura necessaria? L'indennizzo per le vaccinazioni raccomandate.

1. Contro i cantori di sventura. Il governo dell'emergenza entro le coordinate costituzionali

In apertura, ritengo opportuno sgombrare il campo da taluni fraintendimenti che ricorrono nel dibattito attuale, evocati anche da alcuni interventi nell'odierna audizione. Trovo del tutto fuori bersaglio il richiamo, per descrivere i provvedimenti atti a fronteggiare la pandemia, allo stato di eccezione e ai suoi epigoni. Simile categoria si presta a usi equivoci, rievocando una sospensione

permanente delle libertà fondamentali per motivi che trascendono il benessere della comunità. In passato, lo stato di eccezione ha forgiato la spada della repressione liberticida contro il cittadino, in vista dell'autoconservazione del potere costituito o della trasformazione autoritaria del sistema politico.

Suonerà ovvio ma ripetere aiuta: non è questa la *ratio* che ispira i provvedimenti messi in campo sino ad ora, finalizzati, in ultima istanza, a proteggere la persona e la comunità in cui vive. L'emergenza ha infatti scatenato una dialettica tra diritti che giustifica l'intervento del potere pubblico in funzione di mediatore del conflitto all'interno delle coordinate costituzionali.

L'epidemia è un fatto emergenziale, empiricamente individuato e scientificamente provato, che mette in pericolo la salute e le nostre consolidate abitudini. È la portata straordinaria e transitoria dell'emergenza a consentire le limitazioni ai diritti fondamentali, a delineare la misura della legittimità delle misure adottate (anche per tale ragione, è da evitare il concetto, carico di presagi sinistri, di "sospensione" dei diritti fondamentali). In questo senso, la proporzionalità dei provvedimenti non deve essere valutata in astratto ma in concreto, alla luce della particolare situazione di fatto che giustifica gli interventi (nel nostro caso: la virulenza dell'epidemia; la misura del contagio; la tenuta del sistema sanitario; la transitorietà dell'evento; le fasce più colpite della popolazione; la necessaria ripartenza dei servizi educativi, scolastici e universitari; la ripresa delle attività economiche; etc.).

2. In sintesi: la strategia di contrasto alla pandemia

Venendo ai profili specifici del d.l. oggetto di conversione, anticipo che mi concentrerò sui profili contenutistici del decreto legge, senza soffermarmi sulla compatibilità con la Costituzione della fonte normativa prescelta dal Governo, che non pone particolari problemi con il modello di decretazione d'urgenza prescritto dall'art. 77 Cost.¹

¹ Il preambolo dell'atto contiene infatti un chiaro riferimento ai presupposti di fatto (ragioni di necessità ed urgenza) che consentono al Governo, ai sensi dell'art. 77 Cost., l'esercizio provvisorio della funzione legislativa. Il contenuto del decreto appare al suo interno omogeneo, sia dal punto di vista oggettivo sia dal punto di vista teleologico, coerente con le finalità e con gli ambiti di intervento indicati nella sua rubrica e nello stesso preambolo. Sembrano dunque soddisfatte le condizioni poste da una ormai costante giurisprudenza costituzionale (*ex multis*, sent. n. 247 del 2019, n. 97 del 2019, n. 5 del 2018).

Non vi è dubbio che il decreto-legge in oggetto sembra fare un salto qualitativo della strategia di contrasto dell'epidemia.

Fino ad oggi, tale strategia si è basata:

1) su un piano vaccinale gratuito e raccomandato, previsto dalla legge di bilancio 2021, finalizzato a «garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale» (1, comma 457, l. n. 178 del 2020) e attuato dal d.m. 12 marzo 2021, con l'individuazione delle categorie di destinatari ritenute prioritarie.

2) sull'imposizione di un obbligo vaccinale (d.l. n. 44 del 2021) a quel novero di lavoratori che, alla luce dell'attività svolta, richiedono di adottare misure più stringenti per contrastare la propalazione del virus (coloro che esercitano professioni sanitarie ed operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche o private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali)².

3) sull'introduzione di una certificazione verde (cd. green pass, art. 9 d.l. n. 52 del 2021) quale condizione per svolgere talune attività, beneficiare di taluni servizi, usufruire dei mezzi di trasporto pubblici (art. 9-bis e art. 9-quater, d.l. n. 52 del 2021).

Per ottenere il green pass, deve essere soddisfatta una delle seguenti alternative:

- a) vaccinazione contro il SARS-CoV-2;
- b) guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2;
- c) test antigenico rapido o molecolare³.

Nelle ipotesi disciplinate dagli art. 9-bis e 9-quater il green pass pone senz'altro una situazione giuridica di svantaggio: non si tratta però di un vero e proprio obbligo giuridicamente sanzionato ma di un onere, cui il destinatario può sottrarsi rinunciando alle attività, ai servizi e ai mezzi di trasporto indicati dalla normativa.

Rispetto a tale quadro, l'art. 9-ter (inserito dal d.l. n. 111 del 2021) ha per certi versi anticipato il d.l. n. 127 del 2021, prevedendo l'obbligo di certificazione verde per il personale di scuola e università. In caso di mancata soddisfazione di simile obbligo, il lavoratore è considerato assente

² In caso di mancata vaccinazione, è prevista la possibilità di demansionamento o, laddove questa non fosse possibile, la sospensione dall'attività lavorativa e contestualmente della retribuzione. Tale previsione costituisce un vero e proprio trattamento sanitario obbligatorio, un obbligo che è condizione per l'esercizio delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati.

³ Dall'art. 9 del d.l. n. 52 del 2021 emerge un *favor* per il vaccino: l'articolo assegna una durata diversa della certificazione a seconda della condizione soddisfatta dalla persona: la validità del green pass arriva a 12 mesi in caso di vaccinazione, per poi decrescere a 6 mesi in caso di guarigione e, infine a 48 ore o 72 nel caso, rispettivamente, di sottoposizione tampone rapido o molecolare.

giustificato «e non sono corrisposti la retribuzione nè altro compenso o emolumento, comunque denominato». È prevista, per tutti i destinatari dell'obbligo (compresi gli studenti universitari), una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 4 del d.l. n. 19 del 2020) in caso di accesso ai locali scolastici o universitari in mancanza di certificazione verde.

3. La certificazione verde dopo il d.l. n. 127 del 2021. Un trattamento sanitario obbligatorio ma alternativo

Il d.l. n. 127 del 2021 si colloca sulla scia dell'art. 9-ter: l'art. 1 (nuovo art. 9-quinquies del d.l. n. 52 del 2021), ha esteso a tutti i lavoratori delle amministrazioni pubbliche l'obbligo della certificazione verde; l'art. 2 (nuovo art. 9-sexies) sottopone a detto obbligo anche i magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari e tributari; l'art. 3 (nuovo art. 9-septies) impone la certificazione verde anche a chiunque svolga «una attività lavorativa nel settore privato». Tali soggetti (salvi, ovviamente gli esonerati dalla campagna vaccinale), se privi della certificazione verde COVID-19, sono considerati assenti ingiustificati con contestuale sospensione della retribuzione sino al 31 dicembre 2021. Chi accede ai luoghi di lavoro senza green pass è sottoposto ad una sanzione amministrativa e disciplinare, quest'ultima da modulare secondo i rispettivi ordinamenti di appartenenza.

Tale normativa segna la definitiva trasformazione del green pass, che da onere diventa un obbligo alternativo (resta ferma la possibilità di scegliere se vaccinarsi o sottoporsi al tampone), giuridicamente sanzionato. Non può dubitarsi che la sospensione di fatto dal lavoro con conseguente, mancata retribuzione generi un effetto parasanzionatorio, che incide sul diritto al lavoro, inteso sia quale diritto di offrire la prestazione lavorativa sia come diritto a ricevere la retribuzione corrispondente. A tale effetto si aggiungono le sanzioni amministrative e disciplinari, che non sono però conseguenza automatico della mancata dotazione di green pass, ma sono comminate solo nel caso di accesso ai luoghi di lavoro senza certificazione verde.

La compressione del diritto al lavoro non comporta però la incostituzionalità dell'obbligo "certificativo", introdotto per garantire la salute individuale (la salute come diritto) e collettiva (la salute interesse pubblico), entrambe tutelate dall'art. 32 Cost.

Nella nostra Costituzione non esiste infatti una scala di valori gerarchicamente ordinata, né sussistono diritti che, in astratto, possano dirsi “più importanti” degli altri. La Corte costituzionale, in una importante sentenza di qualche anno fa sul caso ILVA, ci ha ricordato che «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro [...]”. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 85 del 2013). Queste affermazioni, pronunciate allora per postergare il diritto alla salute al diritto al lavoro (e alla libera iniziativa economica), vanno tenute a mente oggi, nel contesto di un’emergenza nazionale che vede rovesciata quella particolare relazione di precedenza.

Certo, in quanto obbligo alternativo, la legittimità della certificazione verde va valutata non solo alla luce del quadro generale dei valori costituzionali, ma anche in relazione alla specifica disposizione (art. 32.2 Cost.) che disciplina i trattamenti sanitari obbligatori, cioè quei trattamenti sanitari che prescindono dalla volontà e dalla autodeterminazione della persona.

Tale norma consente una compressione dell’autodeterminazione individuale, purché sia rispettata una triplice condizione:

- a) tutela dell’interesse individuale e collettivo alla salute;
- b) previsione dell’obbligo da parte della legge;
- c) rispetto della persona umana, da intendersi come complessiva proporzionalità della misura e della relativa sanzione.

a) La prima condizione è senz’altro soddisfatta: non vi è dubbio la certificazione verde sia diretta a migliorare o preservare sia lo stato di salute di chi vi è assoggettato sia lo stato di salute altrui. Peraltro, il fatto pandemico ha dimostrato come siano a rischio proprio i soggetti più deboli della nostra comunità, così attivando quegli inderogabili doveri di solidarietà che la Costituzione richiama al suo art. 2.

b) Conclusione simile vale per la riserva di legge posta dall’art. 32.2 Cost. Per costante giurisprudenza costituzionale, infatti, le riserve di legge sono soddisfatte non solo dalla legge formale del Parlamento, ma anche dagli atti aventi forza di legge (decreti legislativi e, come nel caso di specie, decreti legge).

c) Resta da chiarire se, nel suo complesso, la misura (e, soprattutto, le sanzioni previste dal d.l. n. 127 del 2021) sia proporzionata. Sul punto vale la pena richiamare la sent. n. 5 del 2018 della Corte costituzionale, sul cd. decreto legge “Lorenzin” che ha ampliato il novero dei vaccini obbligatori per i minori di età (prevedendo sanzioni amministrative a carico dei genitori e configurando la sottoposizione ai vaccini quale condizione di accesso ai servizi educativi per l’infanzia). Il Giudice delle leggi ha affermato che, in materia, opera una ampia discrezionalità legislativa: le istituzioni rappresentative possono «calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l’effettività dell’obbligo». Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell’esercizio delle sue scelte in materia.

Ora, non vi è dubbio che queste considerazioni valgano, a maggior ragione, per la certificazione verde, ove il trattamento sanitario è sì obbligatorio (alla mancata sottoposizione segue una sanzione), ma anche alternativo, nel senso che l’individuo può scegliere se ricorrere alla vaccinazione o al tampone. Inoltre, la certificazione è richiesta per svolgere la propria attività lavorativa: non è prevista alcuna coercizione fisica, capace di coinvolgere la libertà personale del soggetto (come invece accade per i trattamenti sanitari obbligatori per gli infermi di mente, per i quali può essere prevista, previa convalida del giudice, l’obbligo di degenza presso la struttura sanitaria, artt. 34 e 35 della legge n. 833 del 1978); la stessa sanzione ha un’origine - per così dire - civilistica: la sospensione retributiva è conseguenza della interruzione del rapporto sinallagmatico tra prestazione lavorativa e obbligazione retributiva cui è tenuto il datore di lavoro.

Peraltro, la proporzionalità della misura si deduce da due ulteriori indici: a) l’assenza di certificazione non assurge a condizione risolutiva del rapporto lavorativo, anzi è espressamente sancito il diritto alla conservazione del posto di lavoro; b) la misura è pur sempre temporanea, posto che essa va applicata sino al 31 dicembre 2021, termine dello stato di emergenza.

Certo, vi sono anche sanzioni amministrative e disciplinari, che non sono però automatica conseguenza dell’assenza di green pass: esse intervengono solo a fronte di una ulteriore condotta del soggetto, nel caso in cui questi pretenda di accedere al luogo di lavoro privo di certificazione verde. Vi è dunque una sorta di progressione sanzionatoria (e non un cumulo automatico di sanzioni), in ragione di una pluralità di condotte eventualmente poste in essere dall’individuo.

4. La mancata estensione agli avvocati: inopportunità o irragionevolezza?

In sintesi, la certificazione verde, anche nella versione rinforzata disegnata dal d.l. n. 127 del 2021, pare compatibile con l'art. 32 Cost. Vi sono poi aspetti minori - per così dire - "interni" alla misura, che meritano ulteriori riflessioni. Aspetti che pongono problemi di opportunità, piuttosto che di incostituzionalità in senso stretto, ma che pure lambiscono il principio di eguaglianza ragionevole, declinato dalla costante giurisprudenza costituzionale come necessità di trattare in modo uguale situazioni ragionevolmente eguali e trattare in maniera distinta situazioni ragionevolmente diverse.

il primo aspetto attiene alla generale esenzione dall'obbligo di green pass per gli avvocati, i consulenti, i periti e gli altri ausiliari del magistrato estranei alle amministrazioni della giustizia (art. 2, d.l. n. 127 del 2021, là ove introduce il comma 8 dell'art. 9 sexies d.l. n. 52 del 2021).

La relazione illustrativa al disegno di legge di conversione specifica che tale esenzione è dovuta «all'esigenza di [...] regolare solo il rapporto tra l'amministrazione e i suoi dipendenti, al più con estensione per chi in favore della stessa svolge un'attività analoga a titolo onorario». In verità, non sembra questa la *ratio* obiettiva della norma, che pare essere invece quella di prevenire il contagio garantendo un ambiente salubre nello svolgimento di funzioni o attività legate all'amministrazione della giustizia. Se questa è la *ratio*, pare allora inopportuno (se non irragionevole) escludere dall'obbligo di certificazione, ai fini dell'accesso in luoghi pubblici di lavoro, tutti gli operatori (avvocati, periti, consulenti tecnici) chiamati in quella sede a prestare attività professionali connesse all'amministrazione della giustizia (a prescindere dalla qualificazione giuridica della loro attività). Mi rendo conto che, almeno per quanto riguarda gli avvocati, verrebbe ad essere interessato il diritto di difesa. Eppure, proprio perché, in un momento così delicato per la vita del Paese, ciascun diritto deve essere necessariamente bilanciato in termini di ragionevolezza, sarebbero ipotizzabili apposite modalità di svolgimento dei processi che ne salvaguardino il contenuto essenziale (ad esempio prevenendo, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, peraltro salvato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 278 del 2020, un differimento delle attività processuali con sospensione dei termini di prescrizione oppure valorizzando forme di svolgimento da remoto).

4.1. Il necessario coordinamento con le sanzioni riservate al personale scolastico e universitario

Il secondo aspetto critico attiene al diverso trattamento riservato al personale scolastico e universitario, che non è soggetto a sanzioni disciplinari nel caso di accesso ai luoghi di lavoro senza green pass. In effetti, in virtù del principio di specialità, e dunque del canone generale secondo cui *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, l'art. 9 quinquies non dovrebbe applicarsi al personale scolastico e universitario, che resta disciplinato dall'apposita normativa contenuta nell'art. 9-ter del d.l. n. 52 del 2021. Tale normativa non prevede il richiamo alla sanzione disciplinare per l'accesso ai luoghi di lavoro in mancanza di green pass, sanzione invece richiamata dal comma 7 dell'art. 9-quinquies per gli altri pubblici dipendenti. Sul punto, la legge di conversione potrebbe fare chiarezza, modificando il comma 5 dell'art. 9-ter o il comma 7 dell'art. 9 quinquies e richiamando espressamente le sanzioni disciplinari anche per la categoria del personale e scolastico universitario⁴.

5. Il tampone gratuito: una misura necessaria? L'indennizzo per le vaccinazioni raccomandate

Ritengo invece che il decreto legge non vada toccato su altri aspetti: ad esempio in relazione alla pretesa gratuità del tampone, che oggi la normativa già assicura a prezzo calmierato (art. 4, d.l. n. 127 del 2021). In un contesto normativo che intende favorire la vaccinazione attraverso una "spinta gentile", che, senza imporre l'obbligo vaccinale, favorisca la diffusione vaccinale tra la popolazione, la gratuità del tampone rischierebbe di porre nel nulla la logica di fondo che ispira il piano vaccinale. La gratuità del tampone renderebbe equivalente la scelta tra tampone e vaccino, ponendo dunque una irragionevolezza di sistema, contraria alle finalità del complessivo disegno normativo predisposto dal legislatore.

⁴ A simile estensione può giungersi anche attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata, che sposi una accezione ampia del riferimento al «personale delle amministrazioni pubbliche» richiamato dal comma 1 dell'art. 9-quinquies (interpretazione che però non sarebbe possibile per i docenti universitari, in regime di diritto pubblico, posto che detto comma 1 rinvia al lavoro pubblico "contrattualizzato"). Si potrebbe poi ritenere che un fatto già sanzionato per via amministrativa dall'ordinamento generale, e dunque già dotato di disvalore normativo, debba comunque rilevare anche a livello disciplinare negli ordinamenti sezionali.

Infine, un'ultima risposta a coloro che hanno criticato la generale impostazione sottostante alla certificazione verde, per sostenere la necessaria imposizione dell'obbligo vaccinale. In particolare, secondo talune posizioni, l'obbligo vaccinale garantirebbe una maggiore protezione giuridica dei vaccinati, perché consentirebbe, in caso di eventuali effetti collaterali, un corrispettivo economico di matrice pubblica da erogare nelle forme dell'indennizzo. In verità, ancorché non previsto espressamente dalla normativa sul vaccino anti-covid, vi è, nella trama dell'ordinamento, un principio generale che riconosce l'indennizzo anche nelle ipotesi di effetti collaterali conseguenti alle vaccinazioni raccomandate. Simile principio è stato enunciato dalla Corte costituzionale, quando ha affermato che, fermo restando l'eventuale risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'indennizzo spetta anche in caso di lesioni o infermità derivanti da taluni vaccini consigliati (come il vaccino contro l'epatite A, sent. n. 118 del 2020, o quello antinfluenzale, sent. n. 268 del 2017).

In caso di vaccinazione raccomandata, quale è senz'altro il vaccino anti-covid, l'indennizzo dovrebbe essere riconosciuto in virtù dell'affidamento individuale che sorge di fronte alle raccomandazioni delle autorità sanitarie. La ragione che fonda il diritto all'indennizzo del singolo non risiede tanto nell'obbligatorietà della vaccinazione: esso riposa, piuttosto, «sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale» (sent. n. 118 del 2020, sent. n. 268 del 2017). La vaccinazione presuppone un patto di solidarietà tra individuo e comunità politica, chiamata a farsi carico degli eventuali effetti collaterali di chi decide di sottoporsi autonomamente al vaccino.

Queste considerazioni, che hanno portato il Giudice delle leggi a integrare il testo della legge n. 210 del 1992 (recante "Indennizzo per i danneggiati in modo irreversibile da vaccinazioni, trasfusioni e somministrazione di emoderivati") non tolgono che, per ragioni di certezza normativa, sia opportuno un intervento legislativo che espressamente estenda l'indennizzo alla vaccinazione contro il virus SARS-CoV-2.