



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Un altro modo di obbligare: una riflessione a futura memoria sul Green pass

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Un altro modo di obbligare: una riflessione a futura memoria sul Green pass / Antonio Bellizzi di San Lorenzo. - In: DIRITTIFONDAMENTALI.IT. - ISSN 2240-9823. - ELETTRONICO. - (2022), pp. 453-471.

Availability:

This version is available at: 2158/1295799 since: 2023-01-12T17:42:03Z

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

Conformità alle politiche dell'editore / Compliance to publisher's policies

Questa versione della pubblicazione è conforme a quanto richiesto dalle politiche dell'editore in materia di copyright.

This version of the publication conforms to the publisher's copyright policies.

(Article begins on next page)

Un altro modo di obbligare: una riflessione a futura memoria sul *Green pass* di

Antonio Bellizzi di San Lorenzo*

SOMMARIO: 1. Divieto di «accesso a servizi e attività» per i non vaccinati come sanzione di un obbligo vaccinale implicito: 'un altro modo di obbligare'? – 2. Enucleazione dell'obbligo vaccinale implicito temporaneo. – 3. Confutazione della possibile configurabilità della situazione doverosa come onere: mitologia dell'accesso, un lemma ibrido. – 4. Il documento del *Green pass* come fenomeno di formalismo giuridico. – 5. Dubbi sulla riconducibilità ai limiti dell'art.16 Cost. del divieto di «accesso a servizi e attività». – 6. Funzionalità pratica della sussistenza dell'obbligo vaccinale ai fini dell'indennizzo *ex lege* per danni irreversibili da evento avverso. – 7. Obbligo vaccinale per i sanitari tra «non irragionevolezza» e «ragionevolezza».

*O c'è il vincolo giuridico o c'è la libertà*¹

1. Divieto di «accesso a servizi e attività» per i non vaccinati come sanzione di un obbligo vaccinale implicito: 'un altro modo di obbligare'?

L'esaurita (?) vicenda del *Green pass*³, quale documento digitale⁴ legittimante «l'accesso a servizi e attività» «esclusivamente ai soggetti muniti di una delle

* Professore aggregato di Diritto Privato – Università di Firenze

¹ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 248.

² Riecheggiando P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano 1977, lo scrivente – memore dei suoi corsi fiorentini di Storia del diritto – intende contribuire ad onorare la memoria dell'insostituibile Maestro scomparso il 4 luglio 2022.

³ La certificazione verde (c.d. *Green pass*) è stata introdotta in Italia dal D.L. 22 aprile 2021, 52, convertito dalla L.17 giugno 2021, n. 8. Il successivo D.L. 23 luglio 2021, n. 105 ha introdotto nel precedente corpo normativo l'art. 9-bis, per cui, a far data dal 6 agosto 2021, è consentito in zona bianca esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi Covid-19, di cui all'art.9, comma 2, l'accesso ai seguenti servizi e attività, tra cui: servizi di ristorazione al chiuso, spettacoli, musei, mostre, piscine, palestre, centri benessere, sagre, fiere, centri termali, convegni, congressi, centri culturali, sociali e ricreativi, sale da gioco e concorsi pubblici. Poi il D.L. 6 agosto 2021, n. 111, convertito dalla L. 24 settembre 2021, n. 133, ha introdotto ulteriori disposizioni efficaci dal 1 settembre 2021 alla fine dello stato di emergenza: l'art. 9-ter, per cui tutto il personale scolastico del sistema nazionale d'istruzione e universitario, nonché gli

certificazioni verdi Covid-19»⁵, costituisce una fenomenologia della dimensione obbligatoria⁶ che merita un'attenzione analitica emancipata dalla contingenza pandemica⁷. Infatti lo strumento del *Green pass*, quale dispositivo collaudato di controllo sociale, assume una valenza paradigmatica, perché, in teoria, potrebbe essere rieditato in futuro, magari sotto mutate spoglie nominalistiche e per altre esigenze induttive di condotte connesse o non alla salute⁸. Si pensi a strumenti digitali di 'credito sociale' per l'accesso a servizi pubblici, prestazioni essenziali e servizi di pagamento⁹, sul presupposto di condotte 'virtuose' valutate da un

studenti universitari devono possedere e sono tenuti ad esibire la certificazione verde; l'art. 9-*quater* statuente la liceità di accesso ai mezzi di trasporto di linea, esclusivamente ai soggetti muniti di certificazione verde. Inoltre il D.L. 21 settembre 2021, n. 127, convertito dalla L. 19 novembre 2021, n. 165, ha introdotto l'art.9-*quinquies* estensivo di *Green pass* per tutti i lavoratori pubblici, l'art. 9-*sexies* per gli appartenenti a uffici giudiziari, e l'art.9-*septies* per i lavoratori del settore privato. Ma fino al 5 dicembre 2021, il *Green pass* ha avuto, come possibile presupposto alternativo a vaccinazione e guarigione, il test rapido antigenico o molecolare negativo al virus mentre, successivamente, il D.L. 26 novembre 2021, n. 172, convertito dalla L. 21 gennaio 2022, n. 3 (c.d. *Green pass* rafforzato) ha ristretto ai soli presupposti di vaccinazione e guarigione l'accesso ai suddetti servizi e attività, nonostante il Regolamento U.E. 221/953, punto 36, statuisse: E' necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, per esempio per motivi medici, perché non rientrano nel gruppo di destinatari per cui il vaccino Covid 19 è attualmente somministrato o consentito, come i bambini, o perché non hanno ancora avuto l'opportunità di essere vaccinate o hanno scelto di non essere vaccinate. Pertanto il possesso di un certificato non dovrà costituire una condizione preliminare per l'esercizio del diritto di libera circolazione. Cessato lo stato di emergenza il 31 marzo 2022, la vigenza delle suddette disposizioni è cessata dal 1 maggio 2022 in forza del D.L. 24 marzo 2022, n. 24, convertito dalla L.19 maggio 2022, n. 52, che le ha prorotate fino al 31 dicembre 2022 solo per visita a R.S.A e reparti degenza ospedali.

⁴ *Ex multis*, v. G. NAVONE, *Instrumentum digitale. Teoria e disciplina del documento informatico*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁵ Art. 3 D.L. 23 luglio 2021, n. 105, convertito dalla L. 16 settembre 2021, n. 126.

⁶ «all'interno dell'ordinamento la situazione necessitata è elemento strutturale dello stesso conformarsi dell'aggregazione giuridica», v. F. ROMANO, *Obbligo* (nozione generale), in *Enc.dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 504.

⁷ Proprio alla luce del monito di F. ZAKARIA, *Ten lessons for a post-pandemic world*, W.W. Northon & C., New York, 2020, pare opportuno abbozzare un contributo alla elaborazione di uno statuto giuridico dell'epidemia nel solco metodologico additato da M. ASCHERI, *Diritto e peste. Dalla crisi del Trecento all'Età moderna*, Industria Grafica Pistolesi, Siena, 1974.

⁸ Sulla esigenza, per evitare errori futuri, di riesaminare ogni misura pubblica presa durante la narrazione pandemica, per la Francia v. C. SCHOULER, L. MUCCHIELLI, *Covid, état d'urgences et libertés publiques*, in *Futuribles*, 2022, 4, n° 449,73 – 85; cfr. L. MUCCHIELLI, *La doxa du Covid, 1° Peur, santé, corruption et démocratie*, Paris, 2022.

⁹ *Ex multis*, v. M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale 'legalmente' imposta*, Giappichelli, Torino, 2018; Avvocato generale Corte Giustizia Europea, Conclusioni 29 settembre 2020, C-422/19 e C-423/19, v. *La normativa nazionale può limitare l'utilizzo dei contanti per il pagamento dei debiti pecuniari?*, in *www.dirittoegiustizia.it.*; BCE- Eurosystema, 13 dicembre 2019, in *www.eur-lex.europa.eu*; F. MATTASSOGLIO, *Intelligenza artificiale e moneta: grandi 'poteri' e maggiori responsabilità. Alcuni motivi che inducono a riflettere circa l'urgente necessità di una moneta digitale del banchiere centrale*, in *Riv. trim. diritto dell'economia*, 2021, 371 e ss.

algoritmo¹⁰ e con relativa stigmatizzazione sociale di quelle 'non virtuose', secondo i modelli antropologici del potere politico *pro-tempore* ¹¹.

Fugati i dubbi di costituzionalità della Carta verde da parte di autorevoli costituzionalisti¹², con dissensi minoritari¹³, residuano al giurista di diritto comune¹⁴ alcune considerazioni precedute da un interrogativo: al di là delle intenzioni del Legislatore, ci si pone infatti il quesito se – in termini di diritto oggettivo – il ventaglio di limitazioni, progressivamente più stringenti, della libertà di circolazione, di lavoro, *etc.*, per i soggetti non muniti di Carta verde, poste dal *climax* di decreti legge poi convertiti, non abbiano rappresentato esse stesse una sanzione¹⁵.

Trattasi cioè della sanzione conseguente alla violazione di un obbligo vaccinale¹⁶ implicito, surrogabile – solo in una prima fase – dall'adempimento dell'obbligo alternativo seriale di sottoposizione al tampone antigenico/molecolare. Ciò, ovviamente, al di là delle varie sanzioni pecuniarie per difetto di Carta verde nelle circostanze richieste, da considerarsi, in realtà, sanzioni secondarie, rispetto alla

¹⁰ F. ZAMBONELLI, *Algocrazia. Il governo degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale*, Scienza Express, Trieste, 2020, segnatamente 118 e ss., ove si sottolinea che: «in Cina, modelli di valutazione di questo tipo sono già diffusissimi».

¹¹ Lungimirante è il monito, antecedente alla pandemia, di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal- Rivista di biodiritto*, 2019, 63 e ss.

¹² A. CELOTTO, in *Covid, il costituzionalista Celotto: «Green pass è costituzionalmente corretto, non discriminatorio»*, *www.adnkronos.com*, 18 giugno 2021; G.M. FLICK, in *Covid, Flick: «Green pass obbligatorio giuridicamente consentito. Occorre salvaguardare la salute della collettività»*, *www.orizzontescuola.it*, 19 luglio 2021; S. CASSESE, in *Green pass come la patente, è l'unico modo per ripartire: ecco la tesi del giurista Cassese*, in *Il Messaggero*, 14 agosto 2021.

¹³ M. CALAMO SPECCHIA, Audizione della Prof.ssa Marina Calamo Specchia. Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica 6 ottobre 2021, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2021, 107 e ss.; G. CERRINA FERONI, *Il Green pass? Così è un pericolo*, in *La Verità*, 5 aprile 2021; A.R. VITALE, *L'infondatezza scientifica e giuridica del Green pass*, in *www.opinione.it*, 28 luglio 2021; G. SCARSELLI, *Note sul decreto legge 105 2021 che estende il Green pass ad attività e servizi della vita quotidiana*, in *www.giustiziainsieme.it*, 30 luglio 2021.

¹⁴ Nel senso del «diritto privato come diritto comune e come promotore di nuovi metodi d'indagine», v. G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Il Mulino, Bologna, 2018, 549; cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1993, 17; F. ALCARO, *Diritto privato*, IV ed., Cedam, Padova, 2019, 3. Peraltro «Il confine naturale, che nel modello ottocentesco divideva in modo rettilineo pubblico e privato, si è dissolto, sommerso dai continui sconfinamenti, dalle repentine avanzate e dagli improvvisi arretramenti, ed è stato sostituito da una profonda terra di nessuno, di ardua esplorazione, che il peso delle trasformazioni e il dilatarsi e lo scolorare degli spazi politici oltre lo Stato allargano a dismisura, costringendo l'interprete a tracciare *ex novo*, ogni volta, una linea di possibile demarcazione, e dunque a ridefinire, caso per caso, ciò che s'intende per pubblico e per privato.», v. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, Bologna, 2020, 229.

¹⁵ Sull'onto-fenomenologia della sanzione, v. F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989.

¹⁶ Sulla distinta problematica dell'obbligo vaccinale in sé, da un punto di vista costituzionale, v. A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, 2021, 432 e ss.

primaria sanzione inibente, appunto, l'esercizio di facoltà essenziali afferenti a precise libertà costituzionali (circolazione, lavoro, *etc.*).

Ed infatti è stato opportunamente rilevato, che tale dispositivo, «oltre ad introdurre un'abnorme sanzione (che tocca i diritti costituzionali al lavoro e alla retribuzione) appunto per "comportamento lecito", è interessante ai fini del nostro discorso per il suo carattere di "elusione" del percorso indicato dalla Costituzione, volto più o meno dichiaratamente ad introdurre un obbligo al trattamento sanitario indiretto»¹⁷.

2. Enuclazione dell'obbligo vaccinale implicito temporaneo

La via d'indagine è additata allora dalla logica giuridico-formale di Kelsen. Infatti, per il maggior esponente del normativismo, il precetto può esserci o non esserci, dal punto di vista espressivo, essendo il precetto logicamente presupposto dalla sanzione prevista per il comportamento opposto a quello comandato dal precetto stesso. Ecco quindi che assume valenza primaria la sanzione, rispetto a quella secondaria del precetto, nel linguaggio kelseniano, apparentemente criptico: «se pure esiste, la prima norma [statuente il comportamento prescritto] è contenuta nella seconda [statuente la sanzione], che è l'unica norma genuina [...]. La prima norma, che richiede l'omissione dell'illecito, dipende dalla seconda norma, la quale predispone la sanzione. Tale dipendenza la possiamo esprimere designando la seconda norma come la norma primaria, e la prima norma come quella secondaria»¹⁸. E' importante sottolineare la locuzione iniziale «Se pure esiste», per capire come, per Kelsen, la polarità logica tra precetto e sanzione richieda che solo la sanzione sia espressa, giacché il precetto è estraibile dalla sanzione. In tale ottica, il precetto è un complemento solo espressivamente accidentale della sanzione proprio perché logicamente ne è coesistente presupposto.

Allora questo particolare *focus* euristico volto a stanare l'obbligo dalla palude normativa delle sanzioni primarie e secondarie è reso possibile proprio dalla concezione normativista kelseniana, in cui assume centralità nevralgica che «il comportamento prescritto non è il comportamento dovuto: quello che è dovuto è la sanzione»¹⁹. Infatti, se «il diritto vigente è quello valido presumibilmente effettivo»²⁰, nel momento in cui l'accesso a determinati spazi e mezzi coesistenti alla vita sociale (esercizi pubblici, mezzi di trasporto, luoghi di lavoro privato e pubblico) è vietato, non per una oggettiva situazione del luogo ma in conseguenza di una precisa condotta imputata al soggetto, la cui libertà di accesso è preclusa,

¹⁷ P. CAPPELLINI, *La Costituzione invisibile. Costituzione e democrazia alla prova dell'emergenza: riflessioni di un melanconico*, in *Histoiria do Direito* (RHD), v. 2, n. 3, 2021,16; cfr. OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del c.d. decreto Green pass*, in *www.generazionifuture.org*, 17, laddove si parla di "obbligo surrettizio"; M. CALAMO SPECCHIA, *op.cit.*, 125, laddove si parla di «obbligo dissimulato».

¹⁸ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), a cura di S. Cotta e G. Treves, Giuffrè, Milano, 1984, 61.

¹⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, 36.

²⁰ L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova 1981, 163 e ss.; cfr. A. di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Giuffrè, Milano, 1987, 1.

ecco che quella condotta è giuridicamente leggibile – al di là del *verbum legis*²¹ – come omissiva di un comportamento dovuto.

Tale comportamento dovuto è, nella specie, il sottoporsi ad iniezione vaccinale o a tampone (*non facere quod debetur*), che ha costituito così l'oggetto di un inedito obbligo giuridico evincibile dalla sanzione per la sua violazione. Sostenere che – *rebus sic stantibus* – non vaccinarsi, per gli infracinquantenni²² non sanitari, fosse un comportamento libero, poiché privo di costrizione *manu militari*, ignora che, per gli obblighi di fare infungibili, come sottoporsi a vaccino, il diritto può configurare solo la coazione indiretta rispetto a quella diretta o fisica (*Nemo praecise ad factum cogi potest*)²³. In tale contesto, affermare la persistenza della libertà vaccinale costituisce un vero e proprio sofisma in termini di effettività²⁴ personalistica.

Allorquando all'individuo, di cui non consti documentalmente una data condotta, sia interdetto l'accesso a servizi primari ed attività insurrogabili da altre fonti di reddito, quale il lavoro, ecco che risulta evidente la compressione basilare della dignità costituzionale della Persona²⁵. Quindi, per il principio di coerenza sistematica dell'ordinamento²⁶, se vi è una reazione sanzionatoria, in termini di coazione indiretta, ad un preciso comportamento ostativo ad avere il documento di accesso ad attività/servizi essenziali (non vaccinarsi, etc.), ne consegue che il suo alternativo deve considerarsi obbligatorio. Infatti, in termini positivi, se l'ordinamento conferisce azione ad un soggetto per adire tutela giurisdizionale, non può disconoscersi una correlativa situazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo (*ubi remedium, ibi jus*)²⁷. Così, in termini negativi, se è posta una sanzione, vi deve essere un obbligo presupposto (*ubi vinculum, ibi obligatio*). Pertanto,

²¹ «Vale a dire al *dictum* proveniente dal Legislatore verrà riconosciuto valore, e tanto nell'ambito in cui ciò sia consentito dal contesto letterale, solo ai fini dell'individuazione del criterio vincolante di comportamento del conflitto d'interessi connesso ad una determinata fattispecie, non per contro ai fini dell'individuazione dei requisiti di struttura della medesima fattispecie così, e non di rado imperfettamente regolata»: G. FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Cedam, Padova, 1992, 19.

²² Obbligo vaccinale espresso anti-Sars-Cov-2, per i cittadini che avessero compiuto 50 anni, è stato vigente in Italia da 8 gennaio 2022 al successivo 15 giugno, in forza del D.L 7 gennaio 2022, n.1, convertito dalla L. 4 marzo 2022, n.18.

²³ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Iovene, Napoli, 1994, 45; in generale, v. S. MAZZAMUTO, *La coercizione indiretta*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 465 e ss. Né d'altra parte potrebbe configurarsi l'atto del sottoporsi a vaccinazione come un mero *pacti* forzosamente conseguibile da terzi, giacché *ex art. 32 Cost.*, la legge che eventualmente disponga un determinato trattamento sanitario "non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana": per il contributo determinante di Aldo Moro all'articolazione ed argomentazione di tale limite assiologico incarnato al potere del Legislatore d'imporre trattamenti sanitari obbligatori, v. *Atti A.C.*, 28 gennaio 1947, 204, su cui v. A MANGIA, *op. cit.*, 449 e ss. e P. CAPPELLINI, *op. cit.*, 13 e ss.

²⁴ G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Giuffrè, Milano, 2017, 381 e ss.

²⁵ P. PASSANITI (a cura di), *La dignità del lavoro. Nel cinquantenario dello Statuto*, Giuffrè, Milano, 2021.

²⁶ *Ex multis*, v. G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica, alcune riflessioni*, in *Riv.int.fil. dir.*, 1998, 84 e ss.

²⁷ A. di MAJO, *op.cit.*, 63.

competete all'interprete – proprio in termini euristici di chiarezza delle situazioni giuridiche – di estrarre dall'ombra legislativa²⁸ l'*obligatio abscondita*, la cui violazione pone capo al *vinculum libertatis*.

Evidentemente allora: «sul piano civilistico, la conflittualità scatenata dalla vaccinazione si è manifestata nella torsione delle categorie civilistiche generali che esprimono le ben definite posizioni soggettive attive dei diritti e quelle correlate passive degli obblighi e delle conseguenti responsabilità»²⁹. Ebbene questa «torsione delle categorie civilistiche generali», se induce a disvelare una vera e propria *obligation cachée*, suscita poi un interrogativo di filosofia del diritto³⁰. Ci si chiede cioè se rappresenti una 'evoluzione' di civiltà giuridica³¹, questa tecnica normativa, quasi simulatoria³², di modulazione della dimensione obbligante da parte del potere politico (sintesi verbale della distinzione tra potere esecutivo e legislativo avviluppata nella dialettica decretazione d'urgenza/conversione legislativa, a trazione effettiva dell'esecutivo³³). Per tentare un contributo di risposta a questo interrogativo, è necessario allora approfondire proprio il concetto ibrido di 'accesso'.

3. Confutazione della possibile configurabilità della situazione doverosa come onere: mitologia dell'accesso, un lemma ibrido

A questo punto dell'analisi, taluno potrebbe obiettare che proprio la suddetta lettura kelseniana normalizzatrice di una situazione doverosa implicita nella sanzione, ridimensionerebbe alla fine l'anomalia dello schema normativo del *Green pass*.

Ma in realtà l'anomalia normativa si manifesta proprio nel fatto che la vera sanzione incisiva sulle libertà dei non vaccinati, non è stata appalesata come tale dal Legislatore, bensì camuffata *sub specie* di sanzione premiale per i vaccinati, cui appunto «è consentito l'accesso a servizi ed attività»: ne risulta, così più che una

²⁸ Interessanti paiono taluni rilievi generali di F.P. LOPS, *Il diritto nascosto*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, 11. Ma il tema giuridico tenebroso parte da lontano, v. M. AINIS, *La legge oscura*, Laterza, Roma-Bari, 1987.

²⁹ C. PILIA, *Diritti, obblighi e responsabilità nelle vaccinazioni*, in C. Pilia (a cura di), *Quaderni di conciliazione*, n° 15, Edizioni AV., Cagliari, 2022, 166.

³⁰ Si chiede infatti T. GRECO, in *La legge della fiducia*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 79: «non c'è un limite oltre il quale il diritto che è mero esercizio di forza smette di essere per ciò stesso diritto come si domandava Gustav Radbruch alla fine della Seconda guerra mondiale? L'ubbidienza provocata esclusivamente dalla forza possiamo chiamarla ancora ubbidienza? C'è una differenza abissale tra l'essere costretti e l'avere un obbligo...».

³¹ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 83, con riferimento al concetto di *gesezliches Unrecht*: «una legge positiva che è non diritto e anti-diritto per la sua intollerabile iniquità».

³² *Ex multis*, v. G. FURGIUELE, *op. cit.*; non a caso, M. CALAMO SPECCHIA parla di «obbligo dissimulato», *op. ult. cit.*

³³ *Ex multis*, v. R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge. Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, Brescia, 2011; N. LUPO, *Considerazioni conclusive sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2019.

*fictio juris*³⁴, una *fictio contra jus*, giacchè «è consentito» il libero esercizio di taluni diritti fondamentali, in cambio della rinuncia alla pienezza del diritto sul proprio corpo³⁵.

Una volta enucleata una situazione soggettiva di dovere, la cui violazione implichi la sanzione di limitazione di accesso a luoghi, servizi, attività, occorre allora sgombrare il campo dal dubbio se detta situazione passiva possa configurarsi – piuttosto che come 'obbligo' vaccinale nei confronti della collettività – come 'onere'³⁶ vaccinale. Tale onere consisterebbe in un dovere nel proprio interesse salutistico per poter conseguire il 'vantaggio' di fruire di spazi di libertà altrimenti preclusi.

Tuttavia, è giocoforza osservare che la fruizione di facoltà esistenziali afferenti a diritti fondamentali, non è degradabile ad un mero 'vantaggio' espansivo della sfera del soggetto, in un'ottica economicistica di incentivazione propria della funzione promozionale di uno Stato interessato alla salute, giacché le suddette facoltà esistenziali appartengono già alla sfera assoluta del valore normativo della Persona e non ne costituiscono uno sviluppo espansivo in concreto³⁷.

Ecco quindi che la inibizione all'esercizio di diritti già incardinati nella sfera del soggetto, sostanziandosi in una tecnica ablatoria di spazi di fruizione di libertà costituzionali, non può che rappresentare una sanzione afflittiva rispetto ad un obbligo larvamente imposto, piuttosto che il mancato conseguimento di un vantaggio espansivo connesso ad un onere incentivante. Ragion per cui, la tecnica normativa, della ibridazione tra dimensione economicistica dell'incentivo e dimensione giuridica della sanzione, maldestramente dissimula la inequivocabile dimensione obbligatoria.

Ma è proprio l'apparente neutralità aperturista del lemma «accesso» scelto dal Legislatore – che disinvoltamente trasforma l'esercizio di diritti inviolabili in «accesso a servizi e attività» – a rivelarsi carico della densità semantica dell'*Era dell'accesso*³⁸, preconizzata da Rifkin: è un'era segnata dalla «progressiva acquisizione di molteplici ambiti della vita umana nella sfera economica»,³⁹ ove sostanzialmente si celebra «l'accesso come modo di vita»⁴⁰, rispetto ad un mercato dove «tutto è servizio»⁴¹.

³⁴ *Ex multis.*, A. RABAGNY, *L'immagine giuridica del mondo. Apparance et réalité*, PUF, Paris, 2003,102 e ss.

³⁵ «Il corpo è sfidato, la persona diviene digitale, compare l'*homo numericus*, si entra nella dimensione del post-umano», S. RODOTA', *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 6 ed., 2020, 197.

³⁶ Per la configurazione del dovere vaccinale come «onere indirettamente sanzionato», v., invece, A. MANIACI, in *Obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 e sua (in)compatibilità con il sistema giuridico italo-europeo*, in C. Pilia (a cura di), *op.cit.*, 105. Sul concetto di onere, in generale, v., *ex multis*, O. T. SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 99 e ss.

³⁷ Cfr. M. CALAMO SPECCHIA, *op.cit.*, 119.

³⁸ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, 2000.

³⁹ *Ibidem*, 131 e ss.

⁴⁰ *Ibidem*, 161 e ss.

⁴¹ *Ibidem*, 101 e ss.

In tale prospettiva, non solo si dissolve il concetto di titolarità dei diritti sui beni ma si è costretti ad 'accedere', *sub specie* di 'servizi', appunto, alla fruizione di proprie facoltà esistenziali, di spazi pubblici e di socialità: una cosmologia, *ça va sans dire*, vessillifera della «fine dello Stato-nazione»⁴² superato dalla 'deteritorializzazione'⁴³ potestativa del cyberspazio e conseguenzialmente provvida di «Una nuova teoria dei diritti»⁴⁴.

Dunque la riflessione su una fenomenologia di legislazione temporanea costituisce l'occasione per monitorare chimere linguistico-giuridiche sotto tranquillanti spoglie salvifiche, come appunto la mitologia⁴⁵ dell'accesso: l'ibrido lemma «accesso» introduce cioè un subdolo dispositivo nominalistico-normativo, che trasforma la decurtazione delle sfere giuridiche in un loro apparente arricchimento. Tale strumento normativo di linguaggio altera infatti la visibile dialettica tra *ii qui certant de damno vitando* e *ii qui certant de lucro captando*, facendo passare i primi per i secondi.

Ora, la preoccupazione per tale «neolingua»⁴⁶ legislativa è accresciuta dall'inversione logica del divieto, attraverso l'uso dell'espressione positiva «è consentito»⁴⁷, con riferimento all'accesso appunto, quando si sarebbe dovuto dire: «è vietato l'accesso ai soggetti non muniti di certificazione verde». Questa diversa formulazione è doverosa per non ingenerare l'idea che sia lo Stato a consentire espressamente cosa si possa fare, quando è esattamente il contrario, per cui è normalmente consentito fare tutto ciò che non sia espressamente vietato.

Tale pulizia del linguaggio è fondamentale per l'effettività del cardine epocale dello Stato di Diritto⁴⁸: *Tutto ciò che non è vietato dalla Legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina* (art. 5 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 e artt. 13 e 23 Cost. it.). Infatti, se fosse libero solo ciò che espressamente «è consentito» in via eteronoma, avremmo una

⁴² *Ibidem*, 297 e ss.

⁴³ F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth, modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33/34, 2004/2005, *L'Europa e gli 'Altri'*. *Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*, segnatamente, I, 453, ove si rintraccia l'archetipo egemonico della 'deteritorializzazione'.

⁴⁴ J. RIFKIN, *op.cit.*, 314 e ss.

⁴⁵ "Mitologie, cioè verità apodittiche alle quali si impone di credere senza poterne discutere i contenuti", v. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, 6, nota 8; cfr. ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁴⁶ Il riferimento, ovviamente, è a G. ORWELL, 1984, London, 1948, tr.it., Mondadori, Milano, rist., 201, segnatamente, 305 e ss.: è il caso di dire che la realtà legislativa ha scavalcato l'oggetto del monito di F. BAMBI, in *Leggere e scrivere il diritto*, in B. Pasciuta e L. Loschiavo (a cura di), *La formazione del giurista*, Romatre-press, Roma, 2018, 32: «è indubbio che la lingua giuridica abbia caratteristiche peculiari di lessico e di sintassi: le quali tuttavia possono, anzi devono, essere guidate su strade che portino fuori dallo stereotipo famoso, quello calviniano dell'antilingua» (il riferimento è a I. CALVINO, *Una pietra sopra*, Einaudi, Torino, 1980, 122-126); cfr., in generale, L. VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Einaudi, Torino, 2013.

⁴⁷ Cfr., per una sapiente notazione sul linguaggio gratuitamente concessorio del Legislatore, V. BALDINI, *Il linguaggio del potere*, in *www.Dirittifondamentali.it*, 19 maggio 2021.

⁴⁸ Sul concetto di Stato di diritto, v. *ex multis*, G. MORBIDELLI, *Costituzione e costituzionalismo*, in AA.VV., *Diritto pubblico comparato*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, 117 e ss.

degradazione, a ventaglio funzionale di dispositivi da realizzare, della libertà del soggetto⁴⁹, la cui identità verrebbe frantumata in funzioni⁵⁰ dell'azione⁵¹. E questa onnipervasiva funzionalizzazione dell'azione farebbe venire meno l'essenza psichica della libertà individuale e quindi la stessa unitarietà del soggetto⁵². L'unità del soggetto richiede infatti declinazioni indeterminate – e non predeterminate – dell'azione: il soggetto o è autonomo o non è⁵³. Pertanto, la tipizzazione funzionale delle sole azioni possibili dei cittadini, attraverso la concessoria espressione «è consentito», mostra sintomi di tracimazione dello Stato di diritto verso una sorta di Stato etico-funzionale⁵⁴, caratterizzato da neo-totalitarismo strumentale attuabile con lo strumento digitale⁵⁵.

4. Il documento del Green pass come fenomeno di formalismo giuridico

Ma ove non si voglia riconoscere un obbligo implicito vaccinale, nel divieto di accesso a determinati luoghi o servizi, per il soggetto privo di *Green pass*, rimane comunque un interrogativo *de futuro*, a riguardo dell'obbligo di avere un documento attestante determinati trattamenti sanitari come presupposto necessario per la fruizione di libertà spettanti costituzionalmente di per sé ai consociati. Trattasi di un problema giuridico-formale⁵⁶ ovviamente distinto dal presupposto rappresentato nel documento⁵⁷. Tale presupposto può essere un dato, indice di comportamento sanitarmente corretto, come oggi una vaccinazione e domani, magari, un peso corporeo proporzionato ad altezza.

⁴⁹ Tra i tanti ad avvertire tale insidia contemporanea, W. SOFSKY, *In difesa del privato*, Einaudi, Torino, 2007.

⁵⁰ U. GALIMBERTI, *Psiche e tecne*, Feltrinelli, Milano, 2008, 547.

⁵¹ Sulla imprescindibilità dell'azione come categoria ordinante, v. Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L'azione, il potere*, Morano, Napoli, 1970; F. ROMANO (a cura di), *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Atti del Convegno, Firenze, 15 ottobre 2004, Giuffrè, Milano, 2007.

⁵² Sui pericoli di decostruzione del soggetto, v. C. MAZZU', *La soggettività contrattata*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁵³ Sulla diuturna dialettica eteronomia/autonomia, v. T. GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in B. Pasciuta e L. Loschiavo (a cura di), *op.cit.*, 2018, 45 e ss.; mi permetto inoltre di rinviare a A. BELLIZZI di SAN LORENZO, *Hyperconnected and spaced in a distressing era: some notes about facultas agendi in pandemic*, in *Revista de Estudos constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 2021, 181 e ss.; ID., *Aspetti giuridici della pandemia e psico-dinamica della riservatezza*, in *Riv.trim. Scuola perf. Forze Polizia*, 2021, 47 e ss.

⁵⁴ Sull'impatto costituzionale di «sistema» della tecnologia, attraverso la logica funzionalistica della macchina sociale e l'atomizzazione degli individui sempre più manipolabili attraverso la tecno-strutture burocratiche, v. le profetiche parole di chiusura di N. MATTEUCCI, in *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, UTET, Torino, 1988, 244-245.

⁵⁵ B.C. HAN, *Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere*, Nottetempo, Roma, 2016, 95: «la connessione digitale totale aumenta considerevolmente la coercizione alla conformità».

⁵⁶ Sulla differenza tra *apparentia juris* e formalismo, v. A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 691.

⁵⁷ G. NAVONE, *op.cit.*

In futuro, il presupposto documentale potrebbe essere un comportamento ecologicamente corretto, come un congruo consumo energetico o idrico, piuttosto che un virtuoso smaltimento differenziato di rifiuti, *etc.*, ovvero un comportamento finanziariamente o politicamente corretto: si tratterebbe sempre della registrazione formale di una ortodossia comportamentale.

Nella concretezza della vicenda pandemica, formalismo vuol dire che, da un certo momento (c.d. *Green pass* rinforzato prescindente da test negativi al virus⁵⁸), all'ordinamento non è interessato che il soggetto fosse o meno contagioso ma soltanto che, dalla forma documentale, emergesse il dato tipizzato della vaccinazione del titolare (o guarigione): da questo preciso momento (6 dicembre 2021), ogni realtà difforme⁵⁹ – quale l'accertata originaria negatività al virus – è stata ritenuta incompatibile con la dinamica fruitiva di diritti di libertà, fino alla cessazione dello stato di emergenza.

E' opportuno allora precisare che tale fenomeno di formalismo non significa tanto *praesumptio juris et de jure* di contagiosità dei non vaccinati, per inammissibile prova contraria della non contagiosità in concreto degli stessi, ove sanzionati per loro abusiva presenza.

Il neo-formalismo biosecuritario infatti va ben oltre, assumendo una chiara valenza pedagogica. In modo ancora più forte simbolicamente, tale formalismo significa piuttosto rilevanza formale della sola vaccinazione (o temporaneamente della guarigione da virus) ai fini della spettanza del titolo di legittimazione ad attività e servizi tipizzati dalla legge: dal 6 dicembre 2021 al 30 aprile 2022, la negatività al virus è stata bandita dalla rilevanza giuridica (ove non conseguente a guarigione da infezione!).

Una volta operata la rimozione, dalla rilevanza documentale, del conflitto tra interesse a non essere contagiati e portatori del contagio – rilevanza rappresentata ancora dall'alternativa del tampone negativo – «poichè la forma, nella sua invariabile fissità, sta oltre il conflitto, oltre le pretese contrastanti delle parti⁶⁰, ecco che sono residue solo serie organiche di forme (...) che dispensano la parte dall'onere di controllo e sciolgono il conflitto nell'incontestabilità dell'accaduto»⁶¹, ossia dell'avvenuta vaccinazione.

In tal modo, si è avuto il paradosso che persone vaccinate, per non perdere lo 'strumento dell'accesso', ove contagiate asintomatiche, hanno potuto continuare a circolare contagiando e, viceversa, altre non vaccinate, né infette e quindi sane, non potevano accedere ad una pluralità di servizi ed attività⁶²; com'è anche successo

⁵⁸ D.L. 26 novembre 2021 n. 172, convertito dalla L. 21 gennaio 2022, n. 3.

⁵⁹ Sulla dialettica 'conforme'/'difforme' nella problematica della "forma come riduzione di differenze ad una unità", v. A. E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 1013.

⁶⁰ N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985, 38.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Chiarissimo, in tal senso, il *dictum judicis*, fondato ovviamente su consulenza tecnica: «sotto un profilo epidemiologico la condizione del soggetto vaccinato non è dissimile da quello non vaccinato perché entrambi possono infettarsi, sviluppare la malattia e trasmettere il contagio», Trib. ord. Firenze, Sez. II civ., 6 luglio 2022, r.g.7360/2022.

che quelle stesse persone vaccinate eppure infettatesi, senza farlo rilevare da tampone ufficiale, per non perdere temporaneamente il *Green pass*, hanno poi fatto ulteriore dose vaccinale, che avrebbero evitato se, accertati come positivi, si fossero poi negativizzati.

La vicenda del *Green pass* si rivela così una lampante manifestazione di un'epoca biopolitica⁶³, d'interesse dello Stato per la salute fisica individuale e di pretesa pubblica della sua gestione potestativa, con ingerenza tecnologica sui corpi delle persone. Paradossalmente allora, la misura formale sanitaria del *Green pass* fa correr la memoria ad altri strumenti formali, attraverso cui si attuava una ingerenza istituzionale, invece, nella vita spirituale individuale: ci si riferisce ai *billets de confession*⁶⁴, imposti, per accedere ai Sacramenti ed indirettamente alla vita pubblica *tout court*, nella Francia di Luigi XV.

Ma il neo-formalismo documentale contemporaneo rivela altresì l'aspetto del *Green Pass*, quale strumento di una vera e propria ideologia dell'iper-digitalizzazione⁶⁵, capace di realizzare una «quadrettatura sempre più doviziosa (e indecifrabile) degli spazi di vita con obblighi e vincoli e tasse e divieti, partendo da una retorica securitaria»⁶⁶: bio-securitaria, per l'appunto⁶⁷.

5. Dubbi sulla riconducibilità ai limiti dell'art. 16 Cost. del divieto di «accesso a servizi e attività»

Ora, poiché ex art.16 Cost., *Ogni cittadino può circolare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e di sicurezza*⁶⁸, pare ineludibile il problema della riconducibilità, alla suddetta riserva legislativa, delle limitazioni di accesso, di cui si sostiene la valenza sanzionatoria. Ma il punto è se queste limitazioni «in via generale» siano possibili, solo in termini oggettivi, in senso spaziale, oppure anche in termini soggettivi, in senso discriminatorio tra soggetti.

Ebbene, alla riserva di legge sono riconducibili limiti di accesso a luoghi speciali, dove normalmente non si può svolgere la libera circolazione: trattasi di edifici istituzionali (tribunali, ospedali, caserme, carceri, etc.), cui l'accesso è connesso a

⁶³ *Ex multis*, v. R. ESPOSITO, *Immunità comune, Biopolitica ai tempi della pandemia*, Einaudi, Torino, 2022.

⁶⁴ M. NICOLAS, *La requete sur les billets de confession et le journal de l'avocat Barbier (1752)*, in *Bulletin de la Societe de l'Histoire du Protestantisme francais (1852-1865)*, v. VI, 1-4 (1857 Mai-aout), 5-8; P. GOUJARD, *L'Europe catholique au XVIII siecle. Entre integrisme et laicisation*, Presses universitaires, Rennes, 2004, Cap.III: con tale strumento documentale formale, l'autorità ecclesiastica così condizionava l'accessibilità individuale di un atto sacro – la cui pubblica assenza era particolarmente stigmatizzante – alla espressa adesione alla Bolla *Unigenitus* (8 settembre 1713), con cui Clemente XI aveva condannato il Giansenismo.

⁶⁵ Sui pericoli di deriva antipersonalistica del "potere di decisione nel mondo digitale", v. S. RODOTA', *op.cit.*, 327 e ss.; cfr., *ibidem*, 363 e ss. a proposito dello Scientismo.

⁶⁶ L. SOMIGLI, *C'è una specularità nel biopotere?*, in *www.iltazebao.com*, 4 dicembre 2022; cfr. G. AGAMBEN, *Il lecito, l'obbligatorio e il proibito*, in *www.quodlibet.it*, 28 novembre 2022.

⁶⁷ Sulla nozione di "stato etico- terapeutico", v. P. CAPPELLINI, *op.cit.*, 10.

⁶⁸ *Ex multis*, v. M. MAZZIOTTI, voce *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, 15 e ss.

determinati *status*, regole specifiche. Così pure, paiono riconducibili a tale riserva, limiti eccezionali d'accesso, per motivi di sanità, in luoghi ordinariamente accessibili: è il caso appunto della necessità di arginare il contagio epidemico diffuso in un dato territorio; egualmente, motivi di sicurezza possono legittimare limitazioni di accesso a determinate zone per sopravvenute evenienze tellurico-vulcaniche, bellico-nucleari, *etc.*

Ma non paiono compatibili, già in astratto, con la riserva di legge sulle limitazioni «in via generale» della libertà di movimento *ex art. 16 Cost.*, limitazioni soggettive di tipologie di persone senza che la preclusione di accesso a luoghi pubblici o aperti al pubblico si traduca in limitazioni della stessa libertà personale garantita dalla doppia riserva rinforzata di Legge e di Giurisdizione dell'art.13 *Cost.* Infatti, la libertà personale si distingue dalla libertà di movimento, proprio come sfera assoluta di indefinite facoltà esistenziali della Persona⁶⁹, le quali, nella società contemporanea, realisticamente non possono prescindere dall'accesso ai mezzi di pubblico trasporto ed al posto di lavoro, pena una violazione basilica del principio di Eguaglianza con riferimento a chi possa far a meno di tali mezzi pubblici e del lavoro per soddisfare esigenze primarie della Persona.

Dunque, «l'art 16 pone limiti a spostamenti in "parte del territorio nazionale", quindi, appunto, a spazi territoriali geodeterminati, mentre i ristoranti, i bar, i musei, i convegni, le fiere, e soprattutto i centri commerciali, i trasporti, le scuole, i concorsi pubblici, non sono luoghi, non rientrano in detto concetto, non sono parte del territorio nazionale; sono, tutto al contrario, beni e servizi, alcuni addirittura con caratteristiche di beni essenziali. Né può replicarsi che si tratti comunque di attività che si svolgono in luoghi determinati, perché tutte le attività della vita, nessuna esclusa hanno una dimensione spazio-temporale»⁷⁰: e forse non è un caso che proprio nella percezione del processualcivilista, sensibile alla effettività della tutela, il tema dell'accesso funga da campanello d'allarme di una tecnica normativa subdolamente insidiosa della inviolabilità delle garanzie costituzionali dei diritti individuali⁷¹.

Se a ciò si aggiunge, nella concretezza della specifica epidemia, che la *ratio* della pubblica raccomandazione alla vaccinazione anti-Covid 19 non risulta esser mai stata quella dell'idoneità vaccinale a impedire il contagio virale, bensì quella di ostacolare conseguenze severe e letali della infezione dei contagiati⁷², ecco che, pure in una prospettiva teleologico-sanitaria, non avrebbe senso una interpretazione estensiva della limitabilità di movimento, in termini soggettivi,

⁶⁹ «D'altro canto mai potrebbe dall'autorità pubblica essere invocato l'art. 32 *Cost.*, per derogare, per motivi di salute, alla portata e alle garanzie dell'art.13», A. PACE, voce *Libertà personale (Dir. Cost.)*, *Enc.dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano,1974.

⁷⁰ G. SCARSELLI, *Note*, cit., ove peraltro si aggiunge «che la distinzione tra questi concetti è chiara allo stesso dl 105/21, e ciò si ricava dal preciso tenore dell'art.3, ove si legge che è consentito esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi COVID 19 "l'accesso ai seguenti servizi e attività"».

⁷¹ Sui diritti inviolabili, v. le vibranti pagine di M. FIORAVANTI, *Art. 2 Costituzione italiana*, 3° rist., Carocci, Roma, 2021.

⁷² *Ex multis*, v. A.R. VITALE, *op. cit.*; cfr., Trib. ord. Firenze, Sez. civ., 6 luglio 2022, r.g.7360/2022, cit., nota 48.

riguardante i non vaccinati, quali potenzialmente più contagiosi dei vaccinati. Infatti il binomio vaccino anti-Covid 19/non contagiosità non è predicabile, in termini scientifici pre-giuridici⁷³ e, pertanto, è inconferente con il divieto di «accesso a servizi e attività» per i non vaccinati anche previo tampone⁷⁴, proprio perchè i vaccinati risultano contagiosi come i non vaccinati⁷⁵.

6. Funzionalità pratica della sussistenza dell'obbligo vaccinale ai fini dell'indennizzo ex lege per danni irreversibili da evento avverso

La sussistenza di un obbligo vaccinale, evinta in via sistematica dalla normativa cogente alla vaccinazione anti-Covid 19, tramite la sanzione della compressione di libertà costituzionali per i soggetti non vaccinati, esprime una rilevanza pratico-funzionale per la effettività di tutela di soggetti che abbiano riportato «lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psicofisica».

Tale effettività rimediabile richiede infatti che anche il danneggiato da vaccino anti-Covid 19 abbia «diritto ad un indennizzo da parte dello Stato nei modi stabiliti dalla legge » ex art.1 della Legge 25 febbraio 1992, n° 210 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati*).

Diversamente, ove si consideri la vaccinazione anti-Covid 19, riduttivamente, come meramente raccomandata dall'Autorità politica, la spettanza di un diritto ad indennizzo – in assenza di espressa previsione legislativa – dipenderebbe da una pronuncia della Corte Costituzionale⁷⁶ nel senso estensivo della fattispecie prevista

⁷³ Chiaramente, in tal senso, v. C. FRANCO-PAREDES, *Transmissibility of SARS-CoV-2 among fully vaccinated individuals*, in www.thelancet.com/infection, v. 22, January 2022, 16: «the impact of vaccination on community transmission of circulating variants of SARS-Cov-2 appeared to be not significantly different from the impact among unvaccinated people»; ciò è evidente già dal fondamentale studio di S.V. SUBRAMANIAN, A. KUMAR, *Increases in COVID-19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States*, in *European Journal of Epidemiology*, 30 September 2021.

⁷⁴ E non è un caso che S. RODOTA', *op.ult.cit.*, 162, in un paragrafo dedicato a *La sovranità sul corpo* asserisca: «All'origine di questa complessa vicenda di ricostruzione della persona su nuovi fondamenti si colloca, come passaggio decisivo, la Carta di Norimberga del 1946 che si apre con le parole "il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente necessario". Siamo di fronte ad un capovolgimento radicale, all'abbandono della storica subordinazione della persona al potere medico delegittimato nella sua autonomia dall'uso che di esso avevano fatto i medici nazisti».

⁷⁵ *Ex multis*, v. M. DI GREGORIO, *Vaccini covid, Pfizer ammette "non abbiamo fatto test per fermare i contagi, nessuno c'è l'ha chiesto"*, in www.notizie.virgilio.it, 12 ottobre 2022; cfr. N. DOMÍNGUEZ, *Why the covid-19 vaccines do not stop the virus from circulating*, *El País*, 19 novembre 2021. Da tale evoluzione conclamata di dati pare superato il dato della contagiosità dei soli non vaccinati, presupposto da A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dirittifondamentali.it*, 22 maggio 2021.

⁷⁶ Sugli ultimi sviluppi fisiognomici del Giudice delle Leggi, v. S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale scientifica, Roma, 2022.

per le vaccinazioni obbligatorie a quelle raccomandate⁷⁷. Tale questione dovrebbe così essere sottoposta dal giudice di merito, al Giudice delle leggi, con ordinanza di rimessione adducendo la incostituzionalità della Legge 25 febbraio 1992, n° 210 laddove non prevede il diritto all'indennizzo di coloro che si siano sottoposti a vaccinazione anti-Covid 19.

Dunque, per la stessa Corte costituzionale, da un lato, il giudice adito per l'indennizzo di danni derivati da vaccino raccomandato non può automaticamente estendere l'applicazione della Legge 210/1992 alla profilassi raccomandata, dall'altro, la mancata previsione del diritto all'indennizzo, in caso di patologie irreversibili derivanti da vaccinazioni raccomandate, lede gli artt. 2, 3 e 32 Cost. Infatti, la funzione dell'indennizzo consiste nel completare il patto di solidarietà tra individuo e collettività sotto il profilo della salute, ritenendosi necessaria una traslazione in capo alla collettività, favorita dalle scelte individuali, degli effetti dannosi⁷⁸.

Ecco quindi che, a fronte di una strategia induttiva alla vaccinazione come il *Green pass*, riduttiva di precise libertà costituzionali dei cittadini non vaccinati, non è solo il principio di effettività di tutela⁷⁹ a far estrarre l'obbligo dalle sanzioni previste per il non vaccinato ma anche il principio di conservazione dei valori normativi⁸⁰. Per il principio di conservazione personalisticamente orientato, deve infatti preferirsi una interpretazione normativa che conservi il valore giuridico rimediabile, nella specie della indennizzabilità dei danni irreversibili da vaccinazione sostanzialmente obbligatoria.

D'altra parte, la possibilità di gravi reazioni avverse è stata implicitamente riconosciuta dal Legislatore, che ha previsto una causa di non punibilità per gli operatori sanitari, in caso di morte o lesioni del vaccinato, proprio nell'ipotesi di vaccinazione «conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della Salute relative alle attività di vaccinazione»⁸¹.

Di converso, non avrebbe senso invocare l'assolutezza della riserva legislativa dei trattamenti sanitari obbligatori⁸², per ritenere non configurabile l'obbligo vaccinale implicito e privare d'indennizzo i danneggiati infracinquantenni non sanitari, una volta che comunque il Legislatore lo ha configurato in concreto. Infatti, si

⁷⁷ In tal senso, proprio Collegio presieduto da Paolo Grossi: Corte cost. 27 novembre 2017, n. 268 www.giurcost.org

⁷⁸ Corte cost. 23 giugno 2020, n.118, www.cortecostituzionale.it

⁷⁹ G.VETTORI, *op.ult.cit.*

⁸⁰ *Ex multis*, v. C. GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.* IX, Giuffrè, Milano, 1961: è interessante notare come tale principio risponda ad «una esigenza che si fonda su di un principio di generale economia e sulla presunzione della serietà di propositi di chi emette una dichiarazione di volontà privata o statale».

⁸¹ Art.3, D.L. 1 aprile 2021, n. 44, convertito dalla L. 28 maggio 2021, n. 76. Si noti che l'art.3-bis dello stesso decreto prevede, in generale, la punibilità dell'omicidio colposo e delle lesioni personali colpose commessi dai sanitari durante lo stato di emergenza, solo a titolo di colpa grave; cfr. A. MANIACI, *op.ult.cit.*,113-114.

⁸² Per una disanima della tematica, v. A. MANIACI, *op.cit.*,108.

avrebbe il paradosso che i limiti dettati, *ex ante*, a garanzia della Persona, si tramuterebbero, *ex post*, in un *vulnus* di tutela della stessa. Ciò, a meno di voler configurare un problematico illecito statale per violazione dell'art.32 Cost., con conseguente obbligo risarcitorio.

A queste considerazioni deve aggiungersi che, il consenso informato alla vaccinazione⁸³ è logicamente incompatibile con il concetto di obbligo di vaccinazione⁸⁴. Inoltre, ove si ritenga inammissibile un implicito obbligo generale di vaccinazione, nel periodo di vigenza del "super *Green pass*" escludente irragionevolmente anche il tampone per accedere alla vita sociale, ecco che il consenso⁸⁵ prestato alla vaccinazione nel contesto impositivo del *Green pass*, deve comunque considerarsi invalido. Tale invalidità del consenso deriva dal fatto che non è affatto libera la determinazione del cittadino di sottoporsi a vaccinazione se comunque coartata dal *factum principis*, di talché ogni consenso prestato non può considerarsi preclusivo di azione di responsabilità risarcitoria⁸⁶ per danni collaterali, verso la casa farmaceutica.

Com'è noto, infatti, il soggetto vaccinato, la cui infermità si assuma riconducibile a fatto colposo altrui, dispone, verso la casa farmaceutica, sia dell'azione per esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c., sia dell'azione di responsabilità del produttore per prodotti difettosi (art.117 e ss. cod. cons.)⁸⁷. Non a caso, sovviene una linea interpretativa – antecedente l'emergenza Covid – della Suprema Corte: «non una qualunque informativa circa i possibili effetti collaterali del farmaco può scriminare la responsabilità dell'esercente, essendo invece necessario che l'impresa farmaceutica svolga una costante opera di monitoraggio e di adeguamento delle informazioni commerciali e terapeutiche, allo stato di avanzamento della ricerca, al fine di eliminare o almeno ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori»⁸⁸.

7. Obbligo vaccinale per i sanitari tra «non irragionevolezza» e «ragionevolezza»

Ulteriore indizio sistematico della sussistenza di un obbligo vaccinale⁸⁹ temporaneo nel contesto pandemico emerge dal diritto vivente⁹⁰ della Consulta⁹¹, da cui «sono

⁸³ Sulla tematica, v. A. GENOVESE, *Consenso informato e vaccino anticovid*, in C. Pilia (a cura di), *op.cit.*, 183 e ss.

⁸⁴ Per tale elementare constatazione, cfr. G. SCARSELLI, *op.cit.*

⁸⁵ Illuminante l'*excursus* storico-assiologico su «Ascesa e declino del volontarismo», in A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, Giappichelli, Torino, 2015, 31 e ss.

⁸⁶ F. CAROCCIA, *Danno da prodotti medicali e responsabilità civile*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022.

⁸⁷ Sulla problematica v. N. CEVOLANI, *La responsabilità del produttore per danno da vaccino difettoso*, in C. Pilia (a cura di), *op.cit.*, 29 e ss.

⁸⁸ Cass. civ., Sez. III, 7 marzo 2019, n. 6587, v. www.altalex.com; tale condivisibile linea interpretativa è stata confermata da Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2021, n. 12225, in www.ambientediritto.it

⁸⁹ Per un dotto *excursus* storico dell'obbligo vaccinale, v. M. RIZZUTI, *La sentenza della Corte EDU sul caso Vavříčka vs. the Czech Republic*, in C. Pilia (a cura di), *op.cit.*, 138, nota 4.

state ritenute non irragionevoli né sproporzionate, le scelte del Legislatore adottate in periodo pandemico sull'obbligo vaccinale del personale sanitario»⁹².

Ma tale «non irragionevolezza» di un obbligo vaccinale, in relazione a precise censure, non si trasfonde automaticamente in una integrale ragionevolezza⁹³ dell'obbligo vaccinale in relazione al complesso dei parametri costituzionali, non precludendo dunque necessariamente successive proposizioni di questioni di legittimità, sotto profili diversi e con argomenti ulteriori⁹⁴.

In tale prospettiva allora, la pronunciata «non irragionevolezza» apre, più che chiudere, uno scenario di interrogativi, scevri da pregiudizi neo-dogmatici di sorta. Infatti, la classe medica, nelle sue diverse declinazioni teorico-pratiche professionali, universitaria e ospedaliera, della ricerca e della clinica, costituisce proprio una promanazione di quella comunità scientifica, incarnazione settoriale della "scienza"⁹⁵, sempre evocata come pietra angolare dell'edificio istituzionale mediatico-pandemico invocante "fede" nella stessa⁹⁶. Ma la coesistente articolazione dialettica e sperimentale di ogni discorso scientifico⁹⁷, in termini di tesi-antitesi e sintesi mai definitive, non può non essere "libera" come riconosciuta dall'art. 33 della Costituzione⁹⁸.

Pertanto, pare opportuno chiedersi se sia invocabile il bilanciamento tra tutela della salute collettiva e riserve dei singoli, quando tali qualificate riserve individuali – peraltro non isolate né irrelate – siano rivolte proprio alla tutela della salute

⁹⁰ Con riferimento al concetto di «diritto vivente», v. Cass. civ., Sez. Un., 2 agosto 1994, n. 7194, in *Corr. giur.*, 1944, 1342 (commento di A. Pizzorusso): «tali interpretazioni interpretative vengono a determinare la formazione di un 'diritto vivente' in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall'originario significato della disposizione scritta introdotta in una certa epoca dal Legislatore»; cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., 111.

⁹¹ Pronuncia reiettizia della Corte cost., 1 dicembre 2022, www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa; cfr. *Supreme Court of the United States*, 13 gennaio 2022, n. 595, in www.supremecourt.gov.

⁹² D.L. 1 aprile 2021, n. 44, convertito da L. 28 maggio 2021, n. 76. V., poi art. 7, D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, che ha anticipato la scadenza dell'obbligo vaccinale per i sanitari e per operatori assimilati, che inizialmente era prevista per il 31 gennaio 2022.

⁹³ Sul concetto di ragionevolezza v., *ex multis*, E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996, 49 e ss.; cfr. M. AINIS, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015, 48 e ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 73 ss.

⁹⁴ Corte cost., 27 gennaio 1958, n. 7, www.cortecostituzionale.it.

⁹⁵ Sulla complessità del pluri-evocato lemma, da Platone a Popper e oltre, v., *ex multis*, N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, UTET, Torino, 1971, 770, ove si definisce «scienza (...) una conoscenza che includa, in modo o misura qualsiasi una garanzia della propria validità».

⁹⁶ A. MANGIA, *op.cit.*, 433: «...se collocata nel mondo del diritto la 'fede nella scienza' rappresenta un ossimoro (...). Piuttosto nel mondo del diritto - che dovrebbe essere un mondo razionale - questi saperi settoriali, se applicati ad una determinata fattispecie, piuttosto che fede, generano qualcosa di più preciso, che va sotto il nome di 'accertamento tecnico', presente in tutti i settori dell'ordinamento».

⁹⁷ V., in generale, l'illuminante opera di R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁹⁸ Per una sintesi delle varie problematiche implicate dal rapporto tra legiferazione e 'scienza', v. S. PENASA, *Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata*, in www.dpceonline.it, 2020.

collettiva e individuale, giacché i singoli medici sono espressione vivente proprio della comunità scientifica, nella sua rilevanza costituzionale dialettica e non autoritativa.

La rilevanza delle *Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalla linee guida*, per gli *esercenti le professioni sanitarie* ex art. 5 L. 8 marzo 2017 n° 24, deve così essere costituzionalmente orientata alla stregua del disposto dell'art. 33, per cui «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento», attraverso cui soltanto, razionalmente «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività» (art. 32 Cost.). Ebbene, proprio «da parte del personale sanitario, in particolare, si sono registrate non poche opposizioni sia a procedere all'attività di somministrazione del vaccino ma anche ad assumerlo nei limiti in cui è stato imposto come obbligatorio, con priorità rispetto agli appartenenti agli altri comparti»⁹⁹.

Dunque, al di là di autorevoli decisioni di politica del diritto, residuano spazi di approfondimento teoretico a riguardo del quesito se sia congruo a ragionevolezza che il potere politico coarti ad un trattamento sanitario preventivo sul proprio corpo¹⁰⁰ giustappunto i rappresentanti della comunità scientifica preposti, in scienza e coscienza, a valutare la prevenzione e la cura delle malattie dei consociati. Ora, tale dimensione obbligatoria presenta aspetti di contraddizione sistematica anzi di un cortocircuito costituzionale¹⁰¹: si deve presumere infatti che i medici, i quali si contrappongono, non ai vaccini generalmente in astratto ma ad una specifica tesi vaccinale in concreto – contestandone la specifica metodologia sperimentale¹⁰² – lo facciano in nome di un' antitesi a tutela della salute, a meno che non si provi l'incapacità d'intendere e di volere o la malafede specifica documentata da riscontri oggettivi, dell'esercente la professione accademica e/o sanitaria. E tale contraddizione è acuita dal dato di fatto notorio del conflitto d'interessi immanente agli *stakeholders* di una data tesi vaccinale, per cui i soggetti economici tecnologicamente attrezzati alla produzione dei vaccini, ossia le multinazionali farmaceutiche, hanno un interesse esponenziale non solo alla diffusione del vaccino in sé ma al reiterarsi continuo di dosi vaccinali, con una progressiva capacità di influenza pubblicitaria e politica¹⁰³. Per converso, un conflitto d'interessi economico

⁹⁹ C. PILIA, *op.cit.*, 165.

¹⁰⁰ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007.

¹⁰¹ G. KAMPF, *COVID-19:stigmatising the unvaccinated is not justified*, in *www.thelancet.com*, v. 398, 20 november 2021, 1871.

¹⁰² A. MANGIA, *op. cit.*, 444: «la verità è che questi vaccini non sono affatto sperimentali, come erroneamente si dice nel linguaggio comune (perché comunque già sperimentati, in *fast-track/partial overlap*). Ma nemmeno sono pienamente sperimentati, come sempre avvenuto finora per le somministrazioni vaccinali obbligatorie. E ciò perché il procedimento che ha presieduto alla loro autorizzazione rappresenta una figura intermedia nella sistematica degli atti di autorizzazione desumibile dai Regolamenti di settore».

¹⁰³ Fa riferimento ad un evocativa «nuova *potestas in temporalibus* scaturente dall'auspicato dominio totale della tecnica», P. CAPPELLINI, in *La Costituzione invisibile*, cit., 21, con riferimento ai nuovi Leviatani tecnologici transnazionali che esercitano un potere «indiretto» ossia «che non agisce a proprio rischio» nel senso che «grazie all'irresponsabilità di un dominio

non può essere presunto nell'antitesi critica verso lo specifico vaccino, ove non ne sia dedotta documentazione in concreto.

Quindi, se la tutela della salute, come *fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività* ex art. 32 Cost., non può che attuarsi attraverso una scienza medica epistemologicamente libera ex art. 33 Cost., lo Stato scientificamente laico e non scientificamente dogmatico¹⁰⁴ non avrebbe forse dovuto tutelare anche la posizione medico-scientifica, critica verso una determinata strategia vaccinale di contrasto alla pandemia e più favorevole alla cura? Tale interrogativo è peraltro avvalorato – nel caso dei vaccini anti-Covid 19 – sia dal *deficit* di immunizzazione vaccinale¹⁰⁵ verso le varianti susseguentesi, sia dalla conclamata trasmissibilità del virus da parte dei vaccinati¹⁰⁶.

I dati suddetti paiono infatti infirmare la realizzazione del fine stesso di *preservare lo stato di salute degli altri*, richiesto dal Giudice delle Leggi¹⁰⁷, per la legittimità di un trattamento sanitario obbligatorio, compatibile con l'art. 32 Cost. e, dunque, legittimano il suddetto interrogativo. Ed è un quesito che lo scrivente intende porre ma laicamente lasciare aperto senza pretesa di oracolari certezze¹⁰⁸.

A tal proposito, giova all'economia di questa riflessione revocar in dubbio, rispetto al neo-dogmatismo del palcoscenico mediatico, che possa esser considerato automaticamente «organismo tecnico-scientifico», quell'organo emergenziale composto da membri di nomina sub-governativa, qual è stato il "Comitato tecnico scientifico" (CTS) istituito con un mero atto amministrativo, quale il Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n° 371 del 5 febbraio 2020¹⁰⁹: non vi è

soltanto indiretto – ma non per questo meno intenso – si ottengono tutti i vantaggi del potere politico e se ne evitano i rischi».

¹⁰⁴«Lo scientismo induce a subordinare l'interpretazione dei diritti dell'uomo alla vere leggi del comportamento umano, quelle che ci sarebbero rivelate da una Scienza elevata a feticcio», A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Mondadori, Milano, 2005, 229.

¹⁰⁵ A riguardo della «limitata efficacia dell'immunizzazione», v. C. PILIA, *op.ult.cit.*

¹⁰⁶ Sull'assenza di uno «scientific rationale for mandatory vaccination», alla luce della conclamata trasmissibilità del virus fra i soggetti completamente vaccinati, v. C. FRANCO-PAREDES, *op. cit.*,16: in particolare, l'infettivologo nota «the demonstration of COVID-19 breakthrough infections among fully vaccinated health-care workers (HCW) in Israel, who in turn may transmit this infection to their patients, requires a reassessment of compulsory vaccination policies leading to the job dismissal of unvaccinated HCW in the Usa»; cfr., G. KAMPF, *op.ult.cit.*

¹⁰⁷ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Corr.giur.*, 1990, 1018 e ss.; cfr. A. MANIACI, *op.cit.*,108.

¹⁰⁸ Sempre attuale infatti è il monito di N. BOBBIO, in *Politica e cultura*, Einaudi, Torino, 1955, rist. 1980, 15: «Il compito degli uomini di cultura è più che mai oggi quello di seminare dubbi, non già quello di raccogliere certezze. Di certezze – rivestite della fastosità del mito o edificate con la pietra dura del dogma – sono piene rigurgitanti le cronache della pseudocultura, degli improvvisatori, dei dilettranti, dei propagandisti interessati. Cultura significa misura, ponderatezza, circospezione: valutare tutti gli argomenti prima di pronunciarsi, controllare tutte le testimonianze prima di decidere, e non pronunciarsi e non decidere mai a guisa di oracolo da cui dipenda, in modo irrevocabile, una scelta perentoria e definitiva».

¹⁰⁹ Il C.T.S., composto da 12 esperti e rappresentanti di enti e amministrazioni dello Stato, risulta essersi riunito ultima volta il 30 marzo 2022 ed aver cessato sue funzioni a seguito della

alcuna garanzia di scientificità¹¹⁰ ed assenza di conflitto d'interessi, in una nomina politico-discrezionale – che certo può impingere in singoli dotati di titoli – quando invece esiste un pluralismo di Università pubbliche e private, nonché di altri Enti di ricerca, che avrebbe consentito di attingere fisiologicamente con proporzionale rappresentatività da tutti gli Atenei italiani – non esclusi quelli stranieri – eccellenze della ricerca di microbiologia/virologia e con opportuna presenza di altri settori disciplinari di area medica (e non solo), onde avere un quadro d'insieme d'incidenza della lotta al virus sul complesso della salute fisio-psichica della Persona. Infatti, «bisogna notare che il dubbio e la correzione sono sempre in accordo con i canoni del metodo scientifico cosicché questa ultima [la correggibilità] è il suo legame di continuità»¹¹¹.

cessazione dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri il 30 gennaio 2020 ex art 7, comma 1, lett C del D.Lgs.2 gennaio 2018 n. 1 (Codice della Protezione civile).

¹¹⁰ V. i rilievi critici di G. MINGARDO, *Il ruolo del Comitato tecnico scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *www.biodiritto.org*, 27 marzo 2021.

¹¹¹ R. COHEN, *Studies in Philosophy and Science*, H. Holt, New York, 1949, 50, tr.it ., N. Abbagnano, *op.cit.*