

SUL DOVERE COSTITUZIONALE E COMUNITARIO DI DISAPPLICAZIONE DEL CD DECRETO GREEN PASS

Sommario:

1. Premessa metodologica;
2. Il quadro di riferimento normativo europeo;
3. L'introduzione della certificazione verde: continuità o discontinuità con il green pass europeo?;
4. Covid pass e obbligo vaccinale: simul stabunt simul cadent?;
5. Green pass, diritto a (non) vaccinarsi e principio di non discriminazione.

1. Premessa metodologica

Il presente studio si propone di analizzare un tema estremamente complesso quale l'introduzione del *Green pass* nel nostro ordinamento giuridico. Esso si snoda attraverso il rapporto tra ordinamento europeo ed ordinamento interno, coinvolgendo una pluralità di istituti e principi che sono alla base della nostra forma di Stato.

Proprio per la complessità del tema, si è scelto di analizzarlo attraverso un'analisi esegetica delle norme UE ed interne, misurandone la loro sostenibilità giuridica rispetto alla Costituzione ed agli orientamenti più significativi della CEDU e della Corte costituzionale.

L'istituto del *Green pass* merita particolare attenzione, in quanto si articola tra garanzia delle libertà fondamentali e doveri di solidarietà economica e sociale, con immediate ricadute sul principio di eguaglianza.

Diversi articoli della nostra Costituzione sono coinvolti dall'entrata in vigore del *Green pass*, infatti, oltre agli artt. 2 e 3 Cost., esso, da una prima lettura, ha un impatto diretto sugli artt. 11, 13, 16, 24, 32, 77, 117 Cost.

Pertanto, lo studio *de quo* si sviluppa con l'obiettivo di analizzare la natura giuridica del *Green pass*, le sue peculiarità, i suoi presupposti fattuali e normativi, i suoi obiettivi, i suoi meccanismi giuridici attraverso i quali è stato introdotto nel nostro ordinamento, la sua capacità d'incidere sulle libertà fondamentali.

L'auspicio è che lo studio in oggetto, e soprattutto i suoi piani argomentativi, possano costituire, al di là degli *slogans* e delle semplificazioni, un utile elemento di dibattito e di confronto a livello istituzionale, nella comunità scientifica, tra gli operatori del diritto (magistratura e avvocatura), cercando di andare oltre le sterili e superficiali contrapposizioni



OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

troppo spesso di natura apodittica e strumentale. Si tratta di un tema che coinvolge la natura e l'essenza stessa della Democrazia.

2. Il quadro di riferimento normativo europeo

Il 14 giugno 2021 è stato approvato dal Parlamento e dal Consiglio il Regolamento (UE) 2021/953 che ha previsto un certificato verde digitale per *agevolare la libera circolazione* sicura dei cittadini nell'UE durante la pandemia da COVID-19. Esso non dovrebbe tuttavia costituire, come già esplicitato nella proposta della Commissione, presupposto indispensabile per la libera circolazione, libertà che risulta essere pilastro fondamentale nel processo di integrazione dell'Unione, o per esercitare altri diritti fondamentali¹.

L'attestazione sarà fruibile da ogni cittadino europeo e dai suoi familiari, ma il punto 12 del Regolamento UE 2021/953 rimanda al Regolamento UE 2021/954 l'estensione delle misure per il rilascio del certificato verde anche ai cittadini di Paesi terzi che si trovino o soggiornino legalmente negli Stati membri e siano autorizzati a viaggiare all'interno dell'Unione.

Il certificato avrà validità in tutti gli Stati membri dell'Unione – così da consentire che le restrizioni attualmente in vigore possano essere revocate in modo coordinato – e attesterà l'avvenuta vaccinazione contro il Covid-19 (senza distinzione alcuna rispetto al tipo di vaccino inoculato), il risultato negativo a un test molecolare o antigenico rapido o la guarigione dal virus.

Le autorità nazionali saranno responsabili del rilascio del certificato (da parte di strutture ospedaliere, centri vaccinali, autorità sanitarie o centri che erogano i test) e la relativa versione digitale potrà essere salvata su un dispositivo mobile. Sia questa che la versione cartacea del certificato disporranno di un codice QR contenente le informazioni essenziali e di un sigillo digitale, a garanzia dell'autenticità del certificato.

¹ G. D' ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell'esercizio del diritto di libera circolazione nell'UE durante la pandemia di COVID-19. Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. "certificato verde digitale"* – 8 aprile 2021, in *Osservatorio Costituzionale*, Aic, 3, 2021, pp. 38 ss.

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

Nel corrispondere alla necessità di tutela dei dati personali, i certificati comprenderanno solo una serie limitata di informazioni, che non dovranno essere conservate nei Paesi visitati. A fini di verifica, verranno controllate solo la validità e l'autenticità del certificato, constatando da chi sia stato rilasciato e firmato. Tutti i dati sanitari dovranno essere conservati unicamente dallo Stato membro che ha rilasciato il *Green pass*.

Il Parlamento europeo e il Consiglio nel denominare il certificato «*EU digital certificate Covid-19*», hanno altresì stabilito che esso sarà valido dal 1° luglio 2021, che avrà durata di 12 mesi e che potrà essere rilasciato dagli Stati membri solo dopo la seconda dose vaccinale (ove prevista). Esso impedirà agli Stati membri di imporre una quarantena obbligatoria o un test anti-Covid a coloro che siano in possesso della suddetta certificazione².

Il *Green pass* europeo ha dunque una funzione di armonizzazione e di libera circolazione, coerente con i valori fondanti l'Unione. Esso descrive una situazione fattuale (vaccinato, guarito, detentore tampone negativo recente) ritenuta sufficiente dall'Europa per non offrire ai Paesi membri la possibilità di imporre ulteriori aggravati di accesso e di circolazione ai detentori del *Green pass*³.

Nulla il *Green pass* dice sulla maggiore o minore contagiosità di chi lo detiene, pur presupponendo che chi si trova in una di queste tre condizioni sia potenzialmente meno pericoloso dal punto di vista della diffusione del vaccino rispetto a chi non vi si trovi.

Giova tuttavia considerare che tutte e tre le condizioni certificate dal *Green pass* non sono garanzia scientifica di non contagiosità. Infatti: a) come risulta da bugiardini e moduli di consenso informato i vaccini non proteggono contro l'infezione ma solo contro la malattia; b) i tamponi

² In tema M. FERRARA, *Il "certificato verde digitale" sulla vaccinazione e l'attuale ruolo dell'Unione europea nel settore dell'e-Health*, in www.orizzontideldiritto.com, 23 Marzo 2021.

³ G. D' ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 40.

mantengono una percentuale non trascurabile di errore c) la guarigione non è garanzia di non contagiosità⁴.

Si tratta di aspetti che non si possono trascurare tanto nella fase in cui il vaccino è ancora in fase sperimentale (avendo ottenuto solo un'autorizzazione di emergenza) quanto a sperimentazione avvenuta se la capacità di limitare il contagio non dovesse risultare confermata.

3. L'introduzione della certificazione verde: continuità o discontinuità con il Green pass europeo?

Anche in Italia, con il Decreto-legge n. 52/2021, in parte già modificato, dopo meno di un mese, con il Decreto-legge n. 65/2021, sono state introdotte le c.d. "Certificazioni verdi COVID-19". Anch'esse sono volte a comprovare lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2, la guarigione dall'infezione o l'effettuazione, con risultato negativo, di un test molecolare o antigenico rapido al Covid- 19.

La novella legislativa specifica che, a partire dal 6 agosto 2021, la certificazione, nell'ipotesi di vaccinazione, è valida per nove mesi a far data dal completamento del ciclo vaccinale o, nell'ipotesi di avvenuta somministrazione della sola prima dose vaccinale, dal quindicesimo giorno successivo alla sua somministrazione fino alla data prevista per il completamento del ciclo vaccinale⁵, che deve essere indicata nel *Green pass*.

⁴ S. CACACE, *La proposta europea di certificato verde digitale: per un ritorno alla libera circolazione nel contesto pandemico. Audizione informale innanzi alla I Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, Osservatorio Costituzionale, Aic, 4, 2021, pp. 2 ss.*

⁵ G. GRASSO, "Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale: prime considerazioni, in *Corti supreme e salute*, 8 aprile 2021

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

L'attestazione di avvenuta guarigione, rilasciata dalla struttura ospedaliera presso la quale è stato effettuato il ricovero del paziente affetto da Covid-19 o, per i pazienti non ricoverati, dai medici di medicina generale e dai pediatri di libera scelta avrà invece validità di sei mesi. Essa cesserà di avere validità se, nel periodo di vigenza semestrale, l'interessato venga identificato come positivo al SARS-CoV-2. (ciò rafforza quanto detto *supra* sul dubbio collegamento fra le informazioni contenute nel *Green pass* e l'aspetto della contagiosità). Quanto al test molecolare o antigenico rapido, avrà validità di quarant'otto ore dalla sua esecuzione.

Nel nostro Paese, ai fini della certificazione, saranno altresì equivalenti le attestazioni rilasciate in conformità al diritto vigente negli Stati membri dell'Unione, nonché quelle rilasciate in uno Stato terzo a seguito di vaccinazione riconosciuta nell'Unione Europea e validata da uno Stato membro.

Le nuove disposizioni, nell'ottica del migliore coordinamento in ambito europeo, saranno in vigore sino alla data di vigenza degli atti delegati per l'attuazione delle disposizioni di cui alla proposta di regolamento europeo citata *supra* e sottolineano, sempre in questa logica, la necessaria interoperabilità delle certificazioni verdi, l'utilizzo del *gateway* europeo, nonché la necessità di rispettare la normativa per la protezione dei dati personali⁶.

A dispetto della natura informativa piuttosto che normativa del *Green pass*, tesa, secondo il dettato normativo europeo⁷, ad agevolare la circolazione ed evitare "le quarantene", il dibattito sull'utilizzo interno al territorio nazionale è risultato progressivamente attribuire alla certificazione in questione contenuti normativi.

⁶ C. BERTOLINO, *Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza*, in *Federalismi.it*, 15, 2021, pp. 2 ss.

⁷ Sulla natura del green pass "europeo" si veda G. D' ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell'esercizio del diritto di libera circolazione nell'UE durante la pandemia di COVID-19. Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. "certificato verde digitale"* – 8 aprile 2021, *cit.*, pp. 40 ss.

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

La differenza assume rilevanza giuridica sia sul piano teorico, che applicativo. Infatti, mentre anche in mancanza di *Green pass* è possibile accedere a qualunque paese europeo (soltanto si potrebbe essere oggetto di quarantena), traslato nel diritto interno le conseguenze assumono carattere normativo-prescrittivo.

In questo senso, sembrerebbe esprimersi il d.l. n. 105 del 23 luglio 2021 rubricato “*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche*” con il quale, oltre a prorogare lo stato d'emergenza al 31 dicembre 2021, all'art. 3, comma 1, si prevede che “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'articolo 9, comma 2, l'accesso ai seguenti servizi e attività:...”. Ma su questo punto torneremo, in particolare sulla differente natura giuridica del *Green pass* europeo da quello italiano e sulla legittimità costituzionale del suddetto Decreto-legge.

Sulla base del suddetto quadro normativo, scaturente dall'interazione tra ordinamento europeo ed ordinamento interno, proviamo a riflettere se gli effetti che sembra si vogliano attribuire al *Green pass*, si muovano all'interno del perimetro costituzionale e soprattutto dei principi fondativi della nostra forma di Stato, che nel solco delle tradizioni liberal-democratiche sono tesi a bilanciare e a coniugare libertà individuali con doveri inderogabili (artt. 2 e 3 Cost.).

Inoltre, proviamo ad interrogarci se il suddetto quadro normativo risulta compatibile “con i regolamenti (UE) 2021/953 e 2021/954 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021” come richiede l'art. 4 comma 3, punto2) dello stesso d.l. n. 105/2021.

Ma ancora prima, facciamo un passo indietro, domandandoci innanzitutto, qual è l'obiettivo primario della normativa europea? Da una parte, ovviamente la tutela della salute, quale diritto fondamentale della persona e interesse della collettività che, com'è noto, nel nostro ordinamento giuridico, trova il proprio fondamento giuridico nell'art. 32 Cost.; dall'altra *agevolare* la libera circolazione sicura dei cittadini in possesso del *Green pass*, ovvero di uno dei su indicati requisiti

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

per il rilascio dello stesso, verso i quali gli Stati membri UE non potranno imporre una quarantena obbligatoria o un test anti-Covid.

Nella “logica europea”, il trattamento differenziato, tra chi detiene i requisiti per il rilascio del *Green pass* e chi non li detiene - se il fine è l’armonizzazione dei requisiti di accesso ai Paesi membri - potrebbe essere ragionevole (come, *mutatis mutandis* il passaporto diplomatico o la corsia preferenziale per i *frequent flyers*) in quanto teso ad agevolare la circolazione in sicurezza e non a *limitarla*.

Considerato, inoltre, che il libero rifiuto di persone che “hanno scelto di non vaccinarsi”, non potrebbe – stando alla lettera del Regolamento UE 2021/953 nella versione rettificata dei primi di luglio – rappresentare un motivo legittimo per limitare la libertà di circolazione nell’UE, consentendo loro di accedere a forme alternative al vaccino come il test molecolare o antigenico rapido, che, pur con fisiologica incertezza scientifica comproverebbero invece la negatività al COVID.

Al momento l’impressione è che con l’ultimo suddetto Decreto-legge, 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 differenziato⁸.

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

⁸ Il tema è stato affrontato anche da B. LIBERATI, *Vaccinazioni contro il Covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, in *Riv. Dir. Comparati*, 15 aprile 2021.

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

espresso dal nostro ordinamento sembrava porsi in armonia con quello europeo e non se ne ravvisavano profili di possibile illegittimità costituzionale.

Esso, infatti, appariva rispettoso al contempo del principio fondativo della protezione della dignità delle persone, i cui diritti fondamentali devono essere garantiti a ciascuno “sia come singolo, sia nelle formazioni sociali⁹ ove si svolge la sua personalità” (art. 2 della Costituzione) e della tutela della salute quale bene collettivo, indicando ai soggetti linee guida da seguire per circolare liberamente nel rispetto dell’interesse collettivo alla salute, senza che il fondamentale diritto alla salute del singolo, inteso nella sua più ampia accezione di benessere psico-fisico, fosse postergato al primo.

Inoltre, va sottolineato come il *Green pass*, nella versione originaria, interveniva sul principio della libera circolazione, in quanto strumento di facilitazione e non di compressione di una libertà, ovvero quella di spostarsi liberamente tanto entro i confini nazionali quanto entro lo spazio europeo, e la cui disciplina costituiva un’esplicitazione a livello nazionale della normativa regolamentare europea¹⁰.

In relazione al suddetto Decreto-legge, sorgono pertanto plurimi ordini di problemi, perché diverse sono le dimensioni giuridiche coinvolte: 1) sotto il profilo generale, possibile violazione dell’ordinamento giuridico europeo, poiché mentre in ambito europeo il *Green pass* ha valenza informativa, assume viceversa nel nostro ordinamento valenza obbligatoria e prescrittiva; 2) presunta violazione del dato costituzionale, laddove, pur in assenza di un obbligo vaccinale e di un

⁹ Tra le “formazioni sociali ove si svolge la ... personalità” dell’individuo vanno compresi i luoghi culturali, sportivi e di aggregazione sociale quali i cinema, i teatri, le piscine, i bar e i ristoranti.

¹⁰ Anche il successivo dl. n.65/2021, che disciplina le riaperture, non sembra porsi in difformità dalla linea interpretativa indicata nel testo, stabilendo per la ripresa della vita sociale (cinema, musei, teatri, eventi sportivi all’aperto, fiere, mercati, ecc. che si ottemperi al distanziamento interpersonale di un metro, limitando la presentazione della certificazione verde solo per la partecipazione a eventi conseguenti alle cerimonie civili o religiose (art. 9, comma 2).

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

serio dibattito parlamentare come accaduto in Francia, s'introducono forme di discriminazione e di trattamento differenziato nei confronti dei soggetti non titolari del *Green pass*.

Una scelta che implica valutazioni di politica sanitaria nazionale incidenti sull'esercizio di diritti fondamentali richiede, infatti, l'assunzione di una decisione in un quadro di trasparente dibattito pubblico e con il coinvolgimento di tutti gli attori istituzionali: pur non condividendone gli esiti, si dà atto del processo decisionale impiegato in Francia per l'adozione del *pass* sanitario che ha visto il coinvolgimento del Consiglio di Stato, del Parlamento e del Consiglio costituzionale, adito dalle minoranze parlamentari e dallo stesso Primo ministro Jean Castex promotore, insieme al Presidente Emmanuel Macron, del disegno di legge governativo.

Sotto il profilo procedurale, il Governo francese ha dunque scelto la via maestra dell'atto legislativo e del dibattito parlamentare per adottare una misura che, al pari di quella italiana, impatta su diritti e libertà fondamentali, mentre l'azione del Governo italiano si è appiattita sulla logica emergenziale del decreto legge, sottraendo ancora una volta al Parlamento il potere di orientare – anche attraverso il contributo delle minoranze parlamentari che sono logicamente escluse dalla deliberazione sul decreto legge, dominio della maggioranza governativa - la scelta politica in un ambito, come quello dell'adozione del *Green pass*, nel quale principi fondamentali, diritti individuali di libertà e interesse della collettività alla salute devono trovare una loro equilibrata coesistenza.

In merito al primo punto, il nostro ordinamento con l'ultimo Decreto-legge sembrerebbe esprimere un modello divergente e dicotomico da quanto rappresentato nel su citato quadro ordinamentale europeo, pertanto sulla base degli artt. 11 e 117, comma 1 Cost. e della giurisprudenza della Corte costituzionale, tale d.l. andrebbe disapplicato dal giudice ovvero, in subordine, attivato il

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia¹¹. Infatti, non si tratterebbe di una divergenza minore e superabile nel quadro di un libero esercizio di discrezionalità politico-legislativa, ma saremmo in presenza della configurazione di un *altro modello di governance* della pandemia, fondato su forme discriminatorie, piuttosto che estensive dell'esercizio dei diritti.

Mentre il quadro normativo europeo configura un modello di *governance* basato sul ragionevole trattamento differenziato, teso ad agevolare la libertà di circolazione in sicurezza, nel modello *de quo* sembrano trovare spazio provvedimenti di carattere normativo e/o amministrativo, tali da generare irragionevoli e non proporzionati trattamenti differenziati al punto da incidere su ampie fette della vita sociale dei cittadini.

Inoltre, la normativa europea (il *considerando* 6 del Regolamento UE 2021/953) riconosce il potere degli Stati membri di stabilire limitazioni – sempreché proporzionali e non discriminatorie - al diritto di circolazione, ma occorre che esse siano “strettamente limitate nella portata e nel tempo”: anche sotto questo profilo si rivela stridente il contrasto con la normativa europea del Decreto-legge n. 105 del 2021, che prevede l'ulteriore proroga di sei mesi dello stato di emergenza – a dispetto delle precedenti proroghe tutte trimestrali - e l'estensione del possesso della certificazione COVID-19 all'accesso a un numero imprecisato di servizi commerciali, culturali e ricreativi.

In relazione al secondo punto, con l'entrata in vigore del d.l. n. 105/2021 la certificazione diviene, ai sensi dell'art. 3, comma 1, il presupposto per adottare trattamenti differenziati in ordine all'utilizzo di determinati servizi ed all'accesso in luoghi aperti al pubblico. In questi casi, non si tratterebbe più soltanto di agevolare la libertà di circolazione in sicurezza, ma di imporre trattamenti differenziati, la cui ragionevolezza e proporzionalità andrebbe misurata caso per caso, stante l'assenza di un obbligo vaccinale.

¹¹ In tema Causa C-378/17 – Sulla disapplicazione del diritto nazionale da parte di un organismo non giurisdizionale, sentenza del 4 dicembre 2018, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018; si veda anche C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte Di Giustizia E rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “Comunitaria” e Costituzionale*, in *Rivista Aic*, 1, 2020, pp. 220 ss.

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

In sostanza, 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.

Resta sullo sfondo la questione se il *Green pass*, nella versione precettiva introdotta dal Decreto-legge n. 105/2021, possa costituire valido strumento per imporre quelle limitazioni alla libertà di circolazione per motivi di "sanità" pubblica previste dall'art. 16 della Costituzione, che attenta dottrina tiene distinta dalla libertà personale ex art. 13 Cost., sebbene si tratti di libertà strettamente connesse¹².

Se da un lato si può sostenere che la riserva di legge formale contenuta nell'art. 16 Cost. sia stata rispettata dall'adozione del *Green pass* con Decreto-legge, dall'altro occorre interrogarsi se il *Green pass*, per essere ragionevole e proporzionato in termini di costi/benefici, sia effettivamente l'unico strumento in grado di garantire la sicurezza sanitaria dei cittadini e dunque tale da imporre limiti legittimi alla libertà di circolazione, così come consente la Costituzione.

Da un'attenta lettura dell'art. 3 del Decreto-legge n. 105/2021, sembrerebbe che s'intenda attribuire al *Green pass* la valenza di "lasciapassare" per l'accesso ai servizi (attività ricreative e/o

¹² P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1989, p. 845; P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991; G. DEMURO, *Art. 16*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1975, p. 1053; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (Libertà di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano, 1960. La Corte costituzionale nella sentenza n. 68 del 1964 ha individuato la linea di demarcazione tra le due libertà nella "degradazione giuridica" del destinatario del provvedimento limitativo come elemento tipico della restrizione della libertà personale: indubbiamente, la messa all'indice dei non vaccinati etichettati come cittadini non rispettosi del dovere di solidarietà sociale provoca uno stigma sociale equiparabile a una delle menomazioni della dignità della persona in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus* (sulla decisione e i suoi successivi sviluppi S.G. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime*, in *magistraturaindipendente.it*, 18 aprile 2020).

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

sportive e/o culturali), riferendosi, dunque, più alla sfera della libertà personale, intesa quale diritto di svolgere attività che sviluppino la propria dimensione psicofisica (art. 2 in combinato disposto con l'art. 13 Cost.), piuttosto che alla sfera della libertà di circolazione. Infatti, quest'ultima non subirebbe limitazioni dall'introduzione del *Green pass*, ben potendo i non vaccinati circolare “*liberamente*” sul territorio nazionale, fintantoché l'indice regionale dei contagi lo consentirà.

Ma anche a voler ritenere il *Green pass* uno strumento limitativo della libertà di circolazione, la questione si infrange sulla carenza del presupposto giustificativo della natura prescrittiva dello stesso, che non potrebbe collegarsi esclusivamente alla “sua” fonte di produzione (il decreto-legge), ma che andrebbe identificato nella preventiva imposizione dell'obbligo vaccinale con legge, nel rispetto del parametro del principio di legalità sostanziale e formale.

La prova di resistenza, per testare la legittimazione giuridica del *Green pass*, è dunque costituita dall'assenza di obbligo vaccinale, per cui 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.

Si passa dunque da un modello europeo che propone di agevolare la libertà di circolazione in sicurezza, impostato su un concetto di responsabilità individuale e collettiva, ben riconducibile, nei suoi aspetti strutturali e funzionali, ad i modelli liberal-democratici, ad un modello prescrittivo e discriminatorio, nel quale la dimensione della doverosità, pur presente in Costituzione, si troverebbe priva di un fondamento giuridico costituzionale, ed in ogni caso apparirebbe sproporzionata rispetto alle esigenze tese a garantire l'esercizio responsabile di libertà individuali.

4. Green pass e obbligo vaccinale: simul stabunt simul cadent?

In assenza della generalizzata obbligatorietà del vaccino, che sarebbe comunque costituzionalmente discutibile, o comunque necessaria di seri e rigorosi approfondimenti, non solo in virtù della natura sperimentale dei vaccini utilizzati, ma anche dalla mancanza di prova circa la sua capacità di limitare il contagio (effetto sull' infezione e non solo sulla malattia), rendere il patentino verde requisito necessario per esercitare il diritto alla circolazione o per accedere a determinati luoghi/servizi, comporterebbe, di fatto, in violazione dell'art. 32 Cost., la scelta tra il vaccinarsi o il sottoporsi a continui test o, peggio ancora, rinunciare a priori all'esercizio di propri diritti¹³.

Pertanto, in presenza di un oggettivo ampliamento di trattamenti differenziati, a partire dal 6 agosto 2021, il punto nodale resta la percorribilità giuridica dell'obbligo vaccinale con legge dello Stato; ovvero affidare al Parlamento la volontà politica di un'imposizione normativa, che troverebbe il proprio fondamento giuridico costituzionale nell'art. 32 Cost. pur nell'incertezza scientifica circa l'impatto verso terzi della scelta personale fra il vaccinarsi e il non farlo.

Sul punto, restano le diffuse perplessità ed interrogativi: è possibile introdurre un obbligo vaccinale generalizzato, almeno sino a quando il vaccino – e i suoi richiami – siano sottoposti ad autorizzazione condizionata¹⁴ dell'EMA di validità annuale rinnovabile – condizionata perché ancora in fase sperimentale e non siano effettivamente e pienamente disponibili negli Stati membri?¹⁵

¹³ C. BERTOLINO, *Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza*, cit, pp. 2 ss.

¹⁴ *Obbligo vaccinale // Il giurista: basta una legge, ma Draghi non la farà* – intervista a Alessandro Mangia, in *Il Sussidiario.net*, 17 luglio 2021.

¹⁵ C. BERTOLINO, cit. pp. 13-14.

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

Il tema di fondo è dunque se è da ritenersi legittimo e conforme alla Costituzione che un Decreto-legge attribuisca al certificato verde valore normativo e doverosità giuridica, comprimendo un complesso di libertà individuali, in assenza di obbligo vaccinale.

Il diritto alla salute può determinare, come del resto è, ed è stato, limiti ad altri diritti costituzionalmente garantiti; può legittimamente con legge, nei limiti dell'art. 32 Cost., prevedere l'obbligo del vaccino, ma non giustificerebbe, né legittimerebbe, in assenza di una *interpositio legislatoris* (obbligo vaccinale *ex lege*) atti sproporzionati ed irragionevoli che possano determinare ingiustificati trattamenti differenziati¹⁶.

Si aggirerebbe così, nella sostanza, la riserva di legge assoluta, con una serie di atti che porterebbe al medesimo obiettivo, nell' assenza di una base fattuale ragionevole tanto per l'imposizione vaccinale (esclusa in tutti i Paesi europei anche per le categorie a rischio) quanto per

¹⁶ In tema si può ricordare l'art 4 d.l. 01/04/2021 - N. 44- Art. 4 – “Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario” che impone la vaccinazione obbligatoria per una determinata categoria di soggetti che esercita professioni sanitarie che recita così: “*In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano*”. Tale norma non è stata ritenuta meritevole di essere sottoposta al sindacato di costituzionalità in quanto il Tribunale di Belluno con ordinanza ex art. 669 terdecies c.p.c del 6.5.2021 ha affermato che: “*La questione di legittimità costituzionale prospettata dalle reclamanti va ritenuta manifestamente infondata, dovendosi ritenere prevalente, sulla libertà di chi non intenda sottoporsi alla vaccinazione contro il COVID-19, il diritto alla salute dei soggetti fragili, che entrano in contatto con gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario in quanto bisognosi di cure, e, più in generale, il diritto alla salute della collettività, nell'ambito della perdurante emergenza sanitaria, derivante dalla pandemia da COVID-19*”.

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

una sua implementazione *de facto*. Porre in essere una rete di limitazioni all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, attraverso provvedimenti, che appaiono, come si è cercato di dimostrare, dalla debole sostenibilità giuridica, determinerebbe un obbligo vaccinale surrettizio.

Se l'obiettivo è quello di vaccinare tutta la popolazione, occorrerebbe esprimerlo con un chiaro e netto atto di indirizzo politico, ovvero con una legge formale, la quale allo stato, tuttavia, non sembrerebbe poter resistere ai limiti costituzionali vigenti, in virtù della sperimentalità e delle limitate conoscenze scientifiche circa l'impatto sull'infezione.

La legge, pur con le suddette perplessità, dovrebbe, in relazione al principio di legalità ed alla riserva di legge assoluta, essere messa in condizione di svolgere un proprio ruolo centrale, soprattutto quando occorre porre in equilibrio, in un modello liberal-democratico, la tutela dei diritti con l'adempimento dei doveri inderogabili, in un quadro basato su eguaglianza e solidarietà.

Che il decreto legge non rappresenti un'ideale base giuridica per l'introduzione e l'utilizzo dei certificati verdi è stato fatto presente anche dal Garante per la Protezione dei dati personali proprio in relazione alla questione del trattamento *sistematico e non occasionale* dei dati personali anche relativi alla salute su larga scala comunicati attraverso il *Green pass*: richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 21 febbraio 2019, secondo cui deve esistere proporzionalità tra finalità di interesse pubblico perseguita e trattamento dei dati personali.

Il Garante nel parere n. 156 del 21 aprile 2021 ha ritenuto con riferimento al dl n. 52/2021 - tra l'altro adottato in disprezzo delle procedure previste dalla normativa sulla privacy - che "*soltanto una legge statale può subordinare l'esercizio di determinati diritti o libertà all'esibizione di tale certificazione*".

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

Anche il decreto-legge n. 105/2021, che presenta una pluralità di contenuti non omogenei¹⁷ (proroga dello stato di emergenza, proroghe in materia processuale, misure di organizzazione sanitaria, certificazione verde, misure in materia di impiego pubblico, ecc.) mantiene il medesimo livello di opacità lamentato dal Garante per la Protezione dei dati personali: l'art. 3, che modifica le condizioni di impiego del Green pass secondo la tecnica del ritaglio normativo, nulla dice in merito alle specifiche finalità per le quali possono essere utilizzate le dette certificazioni, non consentendo, in tal modo, di verificare se i trattamenti dei dati introdotti dalle certificazioni covid siano proporzionati o meno.

Un trattamento differenziato, ragionevole e proporzionato, sarebbe dunque possibile, ma dovrebbe trovare il proprio fondamento giuridico in una fonte legislativa certa, coerente con il bilanciamento di cui all'art. 32 Cost., e fondata su ragionevoli e sperimentate basi scientifiche.

Il timore invece, è che il Decreto-legge di cui all'oggetto, così come strutturato, nella sua farinosa *governance*, possa incrementare il profluvio di incertezza e discrezionalità diffusa dettate da trattamenti differenziati.

In questo scenario, andrebbe in sofferenza anche il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. per carenza giustiziabilità per eventuali danni irreversibili da somministrazione vaccinale considerata la conclamata natura sperimentale del vaccino anti-COVID.

¹⁷ L'art. 15, comma 3, della legge n. 400/1988 stabilisce che *“I decreti [legge] devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo”*. Sul requisito dell'omogeneità del decreto-legge va precisato che la giurisprudenza costituzionale individua tale requisito tanto nell'omogeneità dell'oggetto quanto nell'omogeneità dello scopo: *“la semplice immissione di una disposizione nel corpo di un decreto legge non vale a trasmettere, per ciò solo, alla stessa il carattere dell'urgenza proprio delle altre disposizioni, legate tra loro dalla comunanza di oggetto o di finalità”*.

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

Va evidenziato come non sia affatto scontata la corresponsione di un indennizzo a fronte di un eventuale danno da vaccino anti-COVID ai sensi della legge 210/92 posto che ad oggi è sempre stato necessario un intervento *ad hoc* della Corte costituzionale per estendere la vigenza della legge succitata di volta in volta anche alle vaccinazioni non obbligatorie ma solo raccomandate.

Ne deriverebbe quindi un paradosso insuperabile giacché il danneggiato da farmaco sperimentale, per di più caldeggiato al punto da costituire discriminante per l'esercizio di libertà fondamentali, e quindi surrettiziamente obbligatorio, godrebbe di trattamento deteriore rispetto al danneggiato da un qualunque vaccino raccomandato per il quale la Corte costituzionale sia già intervenuta e sul quale sia già disponibile ampia letteratura medico scientifica per sostenere il nesso di causalità (come ad esempio il vaccino antinfluenzale o il vaccino trivalente - morbillo parotite rosolia).

Ulteriore rischio, peraltro, è che in quadro opaco, dai fragili fondamenti giuridico-costituzionali, e per di più antinomico a quello espresso dal diritto UE, s'inseriscano provvedimenti regionali differenziati (magari adottati dai soli Presidenti di Regione), comportamenti amministrativi non omogenei, interventi giurisprudenziali non univoci.

E allora si ripropone la domanda che fonda questo scritto: perché non è possibile seguire la via maestra indicata dall'art 32 Cost., evitando ingiustificati, irragionevoli e sproporzionati trattamenti differenziati, anche su base locale, tramite l'imposizione con legge dell'obbligo del vaccino?

E la risposta al momento sembrerebbe essere la seguente: mentre è stato sicuramente in passato possibile per altri vaccini, non lo è, allo stato delle nostre conoscenze, per i vaccini anti COVID 19, i quali possono essere ragionevolmente incentivati ma non imposti (neppure a categorie a rischio), come dimostra fra l'altro la richiesta del consenso informato.

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

Probabilmente il motivo risiede nel fatto che tale imposizione, per non trasformare il diritto alla salute in diritto *tiranno*¹⁸, deve essere sostenibile, ovvero ragionevole e proporzionale. La copertura dell'art 32 della Costituzione ammette l'imposizione di un sacrificio al singolo ma solo a fronte di un beneficio collettivo certo ed anche a condizione che il sacrificio sia certamente vantaggioso, in termini di salute, anche per il singolo stesso: requisito che non può dirsi soddisfatto laddove il farmaco sia ancora in fase sperimentale (così la sentenza storica della Corte Cost. 307/90, richiamata anche dalla recente sentenza Corte Cost. 5/2018).

Doveroso anche richiamare la sentenza n. 118/1996 della Corte costituzionale che, in riferimento a un danno alla salute conseguente alla vaccinazione antipolio, ha stabilito che: “... *in nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario (o, come in caso della vaccinazione antipoliomelittica che si pratica nei primi mesi di vita, chi esercita la potestà di genitore o la tutela) sia privato della facoltà di decidere liberamente. Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri*”.

Come è noto, obblighi vaccinali figurano già (e da anni) nel nostro ordinamento e la Corte costituzionale li ha giudicati legittimi¹⁹; il nodo problematico è l'obbligatorietà per vaccini ancora in fase sperimentale di cui, per ovvie ragioni, non si possono conoscere gli effetti a medio e lungo termine né sul vaccinato né sulla collettività sociale in chiave di diffusione del *virus*.

In tal senso, va ricordato che in Europa, solo la Francia, oltre all'Italia, ha introdotto l'obbligo per il personale sanitario, e che il Consiglio d'Europa ha sinora escluso la legittimità dell'obbligo.

¹⁸ In tema P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in *Id.*, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova 2008, pp. 6 ss

¹⁹ In tema si può rimandare a C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quad. cost.*, 2018, II, pp. 465 ss.



OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

Allo stato quindi, sulla base delle considerazioni sin qui esposte, non sembrerebbe legittima, in assenza dell'obbligo vaccinale, ed in difformità con il quadro normativo europeo, l'emanazione di un Decreto-legge che attribuisca al certificato verde una dimensione normativa e prescrittiva, tale da generare trattamenti differenziati irragionevoli e sproporzionati.

L'auspicio è che in sede di conversione del suddetto Decreto-legge, le considerazioni esposte nel presente lavoro possano essere oggetto di ulteriori riflessioni, e nel caso, di un complessivo ripensamento.

5. Green pass, diritto a (non) vaccinarsi e principio di non discriminazione

Dal 6 agosto 2021, saremo in presenza di trattamenti differenziati per andare al ristorante, al teatro, ai centri culturali, e già si parla di introdurli progressivamente anche per l'esercizio di diritti-doveri fondamentali, come andare a scuola o al lavoro.

Il rischio, come si è detto, è che l'obbligo vaccinale, pur in assenza di legge, lo diventi in modo surrettizio, anche per giustificare il trasferimento di poteri di polizia in capo a soggetti del tutto privi di qualifiche. In tal senso appare di debole sostenibilità giuridica l'art. 3 comma 3 del decreto legge *de quo* che attribuisce ai titolari o gestori di servizi il potere di verificare l'accesso ai predetti servizi e attività e che ciò avvenga nel rispetto delle prescrizioni adottate.

Insomma, si configura un potere di polizia diffuso esercitato, *de facto*, da persone non immediatamente individuabili, e soprattutto esercitabile su libertà fondamentali.

La previsione nell'art. 3 comma 4, del dl n. 105/2021 risulta in aperta contraddizione con la nota prot. 7742 del 6 maggio 2021 con la quale il Ministro della Salute, rispondendo ai rilievi presentati dal Garante per la Protezione dei dati personali nel citato parere n. 156/2021, ha precisato che «*saranno esclusivamente esibite alle Forze di polizia, al personale dei Corpi di polizia municipale munito della qualifica di agente di pubblica sicurezza e al personale delle Forze armate di cui si avvalga eventualmente il Prefetto per le verifiche sugli spostamenti tra regioni, senza la possibilità di raccolta, conservazione e successivo trattamento*».

Si crea in tal modo un modello normativo fluido e invasivo, a prima lettura non rispettoso del principio di legalità formale e sostanziale, con poteri difficilmente controllabili, ma soprattutto che

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

mette in forte tensione tutte le garanzie di cui alle libertà individuali, così come consegnateci dai nostri Costituenti.

Ne risulterebbero inevitabilmente compresse libertà costituzionali fondamentali (libertà personale e libertà di circolazione prime fra tutte) e violati principi costituzionali fondamentali come il principio di eguaglianza, il principio di legalità ed il principio della certezza del diritto.

Manteniamo dunque lucidità ed il giusto distacco che deve avere il giurista: lo scontro non è tra *si vax* e *no vax*, tra *si Green pass* e *no Green pass*, o su chi non si vaccina che confida sull'immunità di gregge scommettendo sul fatto che lo facciano gli altri, e chi invece si comporta da cittadino diligente, lo scontro non è tra responsabili ed irresponsabili.

Come pure, chi decide di non vaccinarsi – è bene ricordarlo - esercita una scelta legittima in assenza di obbligo vaccinale e il suo rifiuto va protetto e non ammantato di moralismo apocalittico.

La banalizzazione e volgarizzazione di tali argomentazioni rischia di alimentare, al contrario, una frattura sociale ed antropologica; il tema di fondo è come tutelare la salute nel rispetto della Costituzione, riuscendo a distinguere provvedimenti costituzionalmente orientati da provvedimenti che si muovono al di fuori del perimetro costituzionale.

Il diritto alla salute, quale diritto fondamentale del singolo e interesse della collettività resta una priorità assoluta, ma da perseguire con provvedimenti che, come si è detto in premessa, si articolino con equilibrio tra tutela dei diritti ed inderogabilità dei doveri.

Infine, non lascia indifferenti il fatto che il Consiglio d'Europa, nella risoluzione del 27 gennaio 2021, stante l'attuale non obbligatorietà del vaccino e la contestuale necessità di rispettare il pieno esercizio della libertà di autodeterminazione degli individui, nel richiamare altresì gli artt. 8 e 9 della CEDU e l'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 1996 sui diritti dell'uomo e la biomedicina, abbia risolutamente affermato la necessità di assicurare che nessuno venga discriminato per non essersi fatto vaccinare. Le condizioni imposte per ottenere la certificazione verde, tuttavia, come si è già espresso, lasciano perplessi sulla effettiva corrispondenza a questa raccomandazione.

OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

In conclusione, come notato in dottrina²⁰, va detto che al momento, tuttavia, non vi è sufficiente disponibilità a livello globale di vaccini e ciò evidenzia un altro cruciale aspetto della questione in gioco, quella dell'eguale accesso alle cure: essa dipende da una pluralità di fattori, tra cui le risorse messe a disposizione da parte degli Stati; la loro brevettazione, produzione, commercializzazione e distribuzione; la certificazione da parte delle agenzie farmaceutiche nazionali e internazionali, etc.

In tal senso, non possiamo fare a meno di notare come l'attivismo del Governo italiano riguardo all'estensione del *Green pass* strida con l'assenza di azioni concrete rispetto alla questione della sospensione dei diritti brevettuali relativi ai vaccini in commercio, nel quadro dell'accordo TRIPs.

Se è vero che la suddetta estensione è finalizzata al raggiungimento dell'immunità di gregge, non si capisce come quest'ultima possa essere raggiunta senza un'estensione della vaccinazione a popolazioni a noi assai vicine (si pensi, per esempio, alla Tunisia). E ciò, al netto di ogni considerazione sulle motivazioni solidaristiche o umanitarie, che anche da un punto di vista internazionalistico, dovrebbero spingere in questa direzione.

Non si può dunque discorrere di un effettivo diritto a vaccinarsi; sta anzi determinandosi una ennesima disparità tra Stati – quali Israele, Emirati Arabi Uniti, Bahrein, Regno Unito e Stati Uniti – che hanno raggiunto in poco tempo livelli soddisfacenti o medio soddisfacenti di copertura vaccinale, e Stati – quali quelli delle zone del sud globale – che, non avendo risorse sufficienti per soddisfare gli appetiti delle grandi case farmaceutiche che detengono i brevetti e un'organizzazione sanitaria efficiente, non hanno ancora iniziato la somministrazione del vaccino o nei quali essa è appena agli inizi.

²⁰ C. BERTOLINO, *cit.*, p. 9.



OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE

L'introduzione di un patentino, con i requisiti richiesti per ottenerlo, torna dunque a proporre, con molta evidenza, in alcune aree del pianeta (Cina, Europa, Israele, etc.) il tema dell'eguaglianza tra individui, dell'equità e della solidarietà, intesa non solo come responsabilità individuale nel proteggere la salute altrui, ma anche quale responsabilità collettiva, dei cittadini, dello Stato e delle istituzioni, affinché le conseguenze della pandemia e delle misure restrittive imposte per affrontarla, non determinino nuove diseguaglianze e fratture, o accentuino le già esistenti, radicandole ulteriormente.

31 luglio 2021 Osservatorio per la Legalità Costituzionale*

* L'Osservatorio permanente per la legalità costituzionale è un organismo di studio indipendente istituito nel febbraio del 2020. I suoi studi rappresentano la sintesi fra opinioni di giuristi di estrazione diversa. Fra questi, costituzionalisti come il Direttore, Prof. Alberto Lucarelli, Marina Calamo Specchia, Fiammetta Salmoni e Michele della Morte, civilisti come Ugo Mattei, Piergiuseppe Monateri e Luca Nivarra, l'internazionalista Pasquale de Sena e l'amministrativista Sergio Foa. Le opinioni dell'osservatorio sono di natura scientifica e non sono sovrapponibili a quelle della Coop. Generazioni Future/Rodotà.