



29 DICEMBRE 2021

*Green pass* in Italia e all'estero, tra  
garanzie costituzionali e obbligatorietà  
vaccinale indiretta

di Ignazio Spadaro

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato  
Università degli studi di Catania

# Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta<sup>\*</sup>

di Ignazio Spadaro

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato  
Università degli studi di Catania

**Abstract [It]:** Lo scritto si interroga sulla compatibilità delle restrizioni connesse all'introduzione del cd. *green pass* con la garanzia dei diritti fondamentali. Dopo aver comparato le scelte compiute dall'Ue e da alcuni legislatori nazionali, esso ne verifica la riconducibilità allo schema, già noto, dell'obbligatorietà vaccinale indiretta, ed evidenzia i limiti cui va incontro il sindacato di costituzionalità nei contesti emergenziali. Seguono alcune considerazioni in prospettiva *de jure condendo*.

**Abstract [En]:** The paper questions the compatibility of the restrictions spreading from the introduction of the so-called green pass with the guarantee of fundamental rights. After comparison of the choices made by the EU and by some national legislators too, it verifies the traceability of this regulation to the well-known 'indirectly mandatory vaccination' scheme, and highlights the limits of the constitutional review in emergencies. Some further considerations follow, in a *de jure condendo* perspective.

**Parole chiave:** vaccinazione – Covid-19 – *green pass* – diritti fondamentali – sindacato di legittimità costituzionale

**Keywords:** vaccination – Covid-19 – green pass – fundamental rights – constitutional review of legislation

**Sommario:** 1. L'introduzione della «certificazione verde» nell'ordinamento italiano e i rischi di un *long COVID* giuridico in Europa – 2. Luci ed ombre del precedente israeliano – 3. Le aspirazioni (deluse) del «certificato COVID digitale» europeo – 4. La disciplina del *passee sanitaire* francese – 5. *Segue*. Il *passee sanitaire* al vaglio del *Conseil constitutionnel* e della Corte di Strasburgo – 6. Proporzionalità, idoneità e necessità nella giurisprudenza sul *pasaporte Covid* spagnolo – 7. Le critiche dottrinali al nuovo strumento e la perdurante centralità del decisore politico – 8. Il *green pass* come strumento per l'introduzione di un obbligo vaccinale indiretto – 9. La campagna di vaccinazione anti SARS-CoV-2 nel quadro delle attuali tendenze legislative e giurisprudenziali – 10. *Segue*. Profili critici – 11. Considerazioni di sintesi. Il *green pass* tra sindacato di costituzionalità e responsabilità politica.

## 1. L'introduzione della «certificazione verde» nell'ordinamento italiano e i rischi di un *long COVID* giuridico in Europa

Con l'emanazione, il 22 aprile 2021, del c.d. Decreto riaperture<sup>1</sup>, il Governo italiano ha inaugurato una nuova fase di gestione della pandemia, caratterizzata da un progressivo allentamento delle restrizioni

<sup>\*</sup> Articolo sottoposto a referaggio. Lo studio si inserisce fra le attività del Progetto “*La tenuta dello Stato costituzionale ai tempi dell'emergenza da Covid19. Profili giuridico-finanziari*”, condotto grazie al “programma ricerca di ateneo UNICT 2020-22 linea 2”, ed è stato presentato al seminario “*Green pass in Italia e all'estero: le decisioni dei Governi e i diritti dei cittadini*” (Università di Catania, 11 novembre 2021).

<sup>1</sup> Decreto legge n. 52/2021, convertito, con modifiche, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87 e poi ripetutamente novellato dalle disposizioni richiamate nelle note seguenti.

precedentemente disposte<sup>2</sup>. Tuttavia, le perduranti esigenze di contenimento dei contagi hanno fatto sì che – in accordo con la cautela manifestata, al riguardo, dal Comitato tecnico-scientifico – tale ritorno alla normalità fosse riservato quasi esclusivamente alle persone insuscettibili di veicolare il virus, perché immuni o, comunque, non infette. Com'è noto, ciò è avvenuto con l'introduzione della «certificazione verde COVID-19», riservata a coloro che siano vaccinati contro il SARS-CoV-2, che risultino guariti dalla malattia o che si siano sottoposti al relativo test diagnostico con esito negativo<sup>3</sup>.

Inizialmente richiesto soltanto per ingresso e uscita dalle aree del territorio nazionale ancora caratterizzate da criticità intense e solo per le ipotesi in cui lo spostamento non fosse sorretto da determinate giustificazioni<sup>4</sup>, a partire dal luglio 2021 esso è divenuto *condicio sine qua non* per lo svolgimento di un elenco sempre più lungo di attività: partecipare alle prove selettive di concorsi pubblici<sup>5</sup>; accedere a ristoranti, sagre, fiere, musei, palestre, sale gioco<sup>6</sup>, strutture sanitarie<sup>7</sup>, istituti d'istruzione scolastica e universitaria<sup>8</sup>, alberghi e strutture ricettive<sup>9</sup>; effettuare spostamenti a bordo di aerei, autobus, navi, traghetti e treni<sup>10</sup>, ivi compresi, a decorrere dal 6 dicembre 2021, i mezzi del trasporto pubblico locale ed interregionale<sup>11</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul piano delle fonti, la gestione dell'emergenza è avvenuta attraverso la previsione di determinate misure con decretazione d'urgenza (decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6 e 25 marzo 2020, n. 19, ripetutamente modificati) e la successiva attuazione con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Questo schema normativo – che C. cost. sent. 23 settembre 2021, n. 198, § 6 ss., ha giudicato conforme al principio di legalità – ha dapprima affiancato e, poi, marginalizzato il ricorso a strumenti che, pure, erano già stati più volte utilizzati, quali le ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della Salute ex art. 32 legge 23 dicembre 1978, n. 833, e le ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile ex art. 5 cod. prot. civ., come evidenziato da M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, marzo 2020, p. 2 ss., e A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Oss. fonti*, fasc. spec., 2020, p. 323. Sul tema v. per tutti A. CELOTTI, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi, Modena, 2020, *passim*, e A. LO CALZO, *I fondamenti teorico-costituzionali del diritto dell'emergenza, con particolare riferimento alla pandemia*, in B. BRANCATI - A. LO CALZO - R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione. Una integrazione al manuale di diritto costituzionale*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 23 ss., cui cfr. già E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, BUP, Bologna, 2019, p. 93 ss.

<sup>3</sup> Art. 9 d.l. 52/2021, cit., cui ha dato attuazione il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 17 giugno 2021.

<sup>4</sup> *Ibid.*, art. 2, co. 1, che consente gli spostamenti *de quibus* anche «per comprovate esigenze lavorative o per situazioni di necessità o per motivi di salute, nonché per il rientro ai propri residenza, domicilio o abitazione».

<sup>5</sup> *Ibid.*, art. 9-bis, co. 1, lett. i), introdotto dall'art. 3, co. 1, decreto legge 23 luglio 2021, n. 105 (conv. legge 16 settembre 2021, n. 126).

<sup>6</sup> *Ibid.*, art. 9-bis, co. 1, lett. a) ss., introdotte anch'esse dall'art. 3 d.l. 105/2021, cit.

<sup>7</sup> *Ibid.*, art. 2-bis, co. 1, come modificato dall'art. 4, co. 1, d.l. 105/2021, cit., che fa salvi, ovviamente, i casi d'urgenza.

<sup>8</sup> *Ibid.*, artt. 9-ter, 9-ter 1 e 9-ter 2, introdotti, il primo, dall'art. 1 decreto legge 6 agosto 2021, n. 111 (conv. legge 24 settembre 2021, n. 133) e, i secondi, dall'art. 1 decreto legge 10 settembre 2021, n. 122. Quest'ultimo è stato, poi, formalmente abrogato dalla cit. legge n. 133/2021, che tuttavia ha mantenuto, modificandoli, i summenzionati artt. 9-ter 1 e 9-ter 2. Nella formulazione attuale, tali disposizioni esonerano gli studenti delle scuole primarie e secondarie non professionali.

<sup>9</sup> *Ibid.*, art. 9-bis, co. 1, lett. a-bis), introdotta dall'art. 4 decreto legge 26 novembre 2021, n. 172, a decorrere dal 6 dicembre 2021.

<sup>10</sup> *Ibid.*, art. 9-quater, introdotto dall'art. 2 d.l. 111/2021, cit.

<sup>11</sup> *Ibid.*, art. 9-quater, come modificato dall'art. 4 d.l. 172/2021, cit., che ha, altresì, soppresso l'esenzione originariamente prevista per i traghetti dello Stretto di Messina e per quelli che collegano i porti pugliesi alle Isole Tremiti.

In ultimo, il decreto legge n. 172/2021 ha introdotto una disciplina ulteriormente restrittiva, riservando le suddette attività – con alcune eccezioni<sup>12</sup> – ai soli possessori del c.d. *green pass* «rafforzato» o «super *green pass*»<sup>13</sup>, rilasciato a seguito di vaccinazione o guarigione<sup>14</sup>, sulla falsariga di quanto già sperimentato in Austria e Germania<sup>15</sup>.

E ancora, dalla metà di ottobre il mancato possesso del certificato (anche solo nella versione “base”, per la quale resta sufficiente il tampone) determina la sospensione legale del rapporto di lavoro<sup>16</sup>, al pari di quanto stabilito, già nel mese di maggio, per i casi di mancata vaccinazione di talune categorie professionali (operatori sanitari<sup>17</sup>, soccorritori, personale penitenziario, di polizia e pubblica sicurezza, militari, dipendenti degli istituti di istruzione e formazione<sup>18</sup>).

Il 22 settembre e il 5 ottobre 2021 una disciplina analoga è stata adottata, rispettivamente, dall’Ufficio di presidenza della Camera dei deputati<sup>19</sup> e dal Consiglio di presidenza del Senato, con riferimento a tutti coloro che intendano fare ingresso nelle relative sedi istituzionali. In particolare, per i parlamentari l’accesso senza certificazione verde è stato inquadrato tra i «fatti di eccezionale gravità» per i quali l’art. 60, § 4 Reg. Camera e l’art. 67, § 4 Reg. Senato prevedono la censura e l’interdizione di partecipare ai

---

<sup>12</sup> Invero, la disciplina attuale è molto articolata (forse, sin troppo) ed il frequente ricorso alla tecnica del rinvio non ne agevola certo la lettura, tanto da aver reso necessaria l’emanazione di una circolare esplicativa da parte del Ministero dell’Interno (n. 15350/117/2/1, del 2 dicembre 2021). Ad esempio, per fruire dei servizi di ristorazione alberghiera deve esibirsi il *green pass* rafforzato o semplice, a seconda che si provenga dall’esterno o che si alloggi presso la medesima struttura; analogamente, la nuova certificazione è necessaria per partecipare a festeggiamenti, ma non se essi si svolgono in luogo privato o seguono a cerimonie civili o religiose.

<sup>13</sup> Tali locuzioni, ancorché assenti nel testo legislativo, sono entrate da subito nel gergo della comunicazione politica e istituzionale: cfr. la [nota](#) diramata dal Dipartimento per la Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri il 25 novembre 2021 e la [scheda](#) illustrativa pubblicata dall’Ambasciata italiana in Austria il 26 novembre 2021.

<sup>14</sup> *Ibid.*, art. 9-bis, co. 2-bis, introdotto dall’art. 5 d.l. 172/2021, cit., a decorrere dal 29 novembre 2021, limitatamente alle zone gialle ed arancioni; per le zone bianche, v. analogamente l’art. 6 del medesimo decreto legge, che tuttavia circoscriveva la nuova disciplina al periodo ricompreso tra il 6 dicembre 2021 e il 15 gennaio 2022. Il 14 dicembre 2021 il Consiglio dei ministri ha approvato una proroga al 31 marzo 2022.

<sup>15</sup> Per quanto riguarda l’Austria, v. il decreto emanato dal Ministro federale della Sanità il 7 novembre 2021, n. 459. In Germania, invece, la c.d. regola delle 2G, dalle iniziali delle parole tedesche “*geimpft*” (vaccinato) e “*genesen*” (guarito), è stata introdotta in alcuni *Länder* già nel settembre 2021, diffondendosi, poi, progressivamente su tutto il territorio nazionale, fino all’accordo dello scorso 1° dicembre col Governo federale, che ne ha sancito l’estensione a tutti i luoghi e attività, ad eccezione dei piccoli negozi di alimentari e delle farmacie.

<sup>16</sup> Artt. 9-quinquies, 9-sexies e 9-septies d.l. 52/2021, cit., introdotti dagli artt. 1 ss. decreto legge 21 settembre 2021, n. 127, concernenti, rispettivamente, il pubblico impiego, la magistratura ed il settore privato.

<sup>17</sup> Artt. 4 e 4-bis decreto legge 1 aprile 2021, n. 44 (conv. legge 28 maggio 2021, n. 76). La seconda disposizione è stata dapprima introdotta dal d.l. 122/2021, cit., e poi sostituita dall’art. 2-bis, co. 1, d.l. 111/2021, cit., come a sua volta modificato in sede di conversione. In dottrina, v. per tutti G. PELLACANI, *Dall’obbligo vaccinale contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario al “Green Pass”*, in R. PINARDI (a cura di), *L’obbligo vaccinale dei lavoratori durante l’emergenza sanitaria*, QFMB Saggi, n. 1, 2021, p. 47 ss. In precedenza, alcuni Autori avevano già variamente argomentato la sussistenza di un tale obbligo, desumendolo in via interpretativa dagli artt. 2087 c.c. e 279 d. lgs. 81/2008, come criticamente richiamato da R. PINARDI, *Pandemia da Covid-19 e obbligo vaccinale per i lavoratori: quali limiti costituzionali?*, *ibid.*, pp. 21-22, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti.

<sup>18</sup> L’estensione dell’obbligo vaccinale alle categorie diverse da quella sanitaria è stata prevista, a decorrere dal 15 dicembre 2021, dall’art. 4-ter d.l. 44/2021, cit., introdotto dall’art. 2 del summenzionato d.l. 172/2021.

<sup>19</sup> V. il relativo verbale di seduta, nel *Bollettino degli organi collegiali* n. 22/2021, p. 7 ss.

lavori. Alla Camera, l'evidente compressione delle modalità di esercizio del mandato rappresentativo, che ne deriva, ha indotto alcuni deputati ad impugnare la delibera attuativa, adottata dal Collegio dei Questori il 12 ottobre, dinanzi agli organi di autodichia. Il Consiglio di giurisdizione ha, però, rigettato le istanze di sospensione cautelare dei suddetti provvedimenti, osservando che «i membri del Parlamento [sono] tenuti, al pari e più di ogni altro cittadino, a “non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'uguale protezione del coesistente diritto degli altri”»<sup>20</sup>. Analogamente, nel mese di dicembre la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzioni sollevato da alcuni senatori, affermando che le norme in discorso non produrrebbero «alcuna manifesta lesione delle attribuzioni proprie dei parlamentari»<sup>21</sup>.

In generale, l'applicazione delle misure, da cui restano esclusi tutti coloro che non possono vaccinarsi per gravi e comprovate controindicazioni mediche, ha dato luogo a controversie anche dinanzi ai Giudici comuni, sia ordinari che amministrativi, i quali hanno sistematicamente rigettato i ricorsi<sup>22</sup> evidenziando la coerenza delle misure, da una parte, con le evidenze medico-scientifiche sull'efficacia delle vaccinazioni<sup>23</sup> e, dall'altra, col dettato dell'art. 32 Cost., laddove esso eleva la salute a «interesse della

---

<sup>20</sup> Cons. giur. Camera, ordinanze n. 22 e n. 23 del 25 novembre 2021, che riprendono testualmente la sent. C. cost. 23 maggio 1994, n. 218, § 2, III cpv. (su cui v. almeno M. RUOTOLO, *L'onere del test anti-AIDS per i soggetti che svolgono attività a rischio: violazione del diritto alla riservatezza o ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco?*, in *Giur. it.*, n. 12/1995, n. 12, 1995, p. 637 ss., e F. MODUGNO, *Chiosa a chiusa. Un modello di bilanciamento di valori*, *ibid.*, p. 643 ss.). Più precisamente, erano state depositate due diverse richieste di sospensiva, respinte già in via provvisoria dal Presidente del Consiglio di giurisdizione con decreti n. 20 e n. 21 del 15 novembre 2021. Il primo di essi era stato, poi, fruttuosamente impugnato dinanzi al Presidente del Collegio di appello (cfr. decreto n. 52 del 17 novembre 2021), ma entrambi hanno trovato conferma nelle suddette ordinanze e, il 17 dicembre, in un'ulteriore decisione dell'organo di appello.

<sup>21</sup> V. la [nota](#) pubblicata il 15 dicembre 2021. Sull'astratta possibilità di configurare un conflitto di attribuzione tra singolo deputato o senatore e Camera di appartenenza v. la nota ord. C. cost. 10 gennaio 2019, n. 17, e, anche per i cospicui rinvii, F. FABRIZZI, *Le ordd. 274 e 275/2019 su conflitti di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevati da singoli parlamentari. Dialogando con l'ord. 17/2019*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020, p. 176 ss. (testo e nt. 4). Sul tema cfr. più di recente, seppur con riferimento ad un'ipotesi parzialmente diversa (proposizione di un conflitto nei confronti di un gruppo parlamentare), A. CIANCIO, *La garanzia del libero mandato parlamentare tra disciplina di gruppo e trasformazioni dei partiti*, in *Dir. fond.*, n. 1, 2021, p. 31 ss.

<sup>22</sup> Con specifico riferimento al *green pass* si segnalano, tra le pronunce più recenti, il decr. Cons. St. 30 giugno 2021, n. 3568, e la successiva ord. Cons. St. 17 settembre 2021, n. 5130, che hanno confermato il rigetto della richiesta di sospensiva opposto dall'ord. TAR Lazio 5 agosto 2021, n. 4281; il decr. TAR Puglia 5 agosto 2021, n. 480; il decr. TAR Lazio 24 agosto 2021, n. 4453; le ordd. TAR Lazio 2 settembre 2021, n. 4531 e n. 4532; l'ord. TAR Emilia-Romagna 27 ottobre 2021, n. 496; il decr. Cons. St. 30 ottobre 2021, n. 5950. Quanto, invece, alla più stringente disciplina applicabile ai lavoratori nel settore sanitario, v. in particolare la sent. TAR Friuli-Venezia Giulia 10 settembre 2021, n. 261, poi confermata dalla sent. Cons. St. 20 ottobre 2021, n. 7045; le ordinanze “gemelle” emesse dalla Sezione lavoro del Tribunale di Roma il 20 agosto 2021, nn. 79833, 79834 e 79835, e, al netto di alcune peculiarità del caso di specie, anche la successiva ord. Trib. Milano 15 settembre 2021, n. 2316. Analogamente, nel corso di procedimenti svoltisi proprio a cavallo dell'introduzione dell'obbligo, già l'ord. Trib. Belluno 6 maggio 2021 e le ordd. Trib. Modena 19 maggio 2021 e 23 luglio 2021.

<sup>23</sup> Il riconoscimento di un peso decisivo al dato scientifico costituisce un denominatore comune a tutta la giurisprudenza italiana in tema di vaccini. Per un'ampia casistica, comprensiva di alcune vicende solo incidentalmente connesse alla pandemia, v. la sent. TAR Calabria 15 settembre 2020, n. 1462; la sent. TAR Lazio 2 dicembre 2020, n. 12883; il decr. TAR Sicilia 13 febbraio 2021, n. 102; l'ord. TAR Sardegna 18 marzo 2021, n. 63 (poi confermata dal decr. Cons. St. n.



collettività» (comma 1), ammettendone la tutela in via coercitiva (comma 2)<sup>24</sup>. In altre parole, come efficacemente sintetizzato in dottrina, si starebbe consolidando un orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere l'«inconsistenza scientifica e giuridica» degli argomenti vertenti sulla pericolosità della vaccinazione, e a riconoscerli «frutto di una visione egoistica ed individualista, inevitabilmente recessiva di fronte all'interesse pubblico»<sup>25</sup>.

In prospettiva comparata, la legislazione italiana sul c.d. *green pass*<sup>26</sup> ricalca – come si vedrà meglio oltre – quella adottata da Israele già nel febbraio 2021 ed ha percorso, a sua volta, l'introduzione di un analogo strumento nell'ordinamento europeo, avvenuta per effetto dei regolamenti n. 2021/953 e n. 2021/954<sup>27</sup>. A ciò si aggiunga che, malgrado qualche iniziale cautela<sup>28</sup>, essa è stata assunta a modello da numerosi Paesi<sup>29</sup>, suscitando crescenti reazioni in ambito sia politico che dottrinale. In particolare, se ne è messa in dubbio la compatibilità con due capisaldi dello Stato di diritto: il principio di uguaglianza e la tutela dei diritti fondamentali, specie con riferimento alle libertà di circolazione, di riunione, di autodeterminazione sanitaria, di svolgere un'attività lavorativa.

Invero, la gravità degli addebiti rende opportuno vagliarne la plausibilità, tanto più che sia le misure in discorso, sia le diverse pronunce giurisprudenziali che le riguardano, in futuro, potrebbero essere invocate

---

1224/2021); l'ord. Trib. Monza 22 luglio 2021; il decr. Trib. Milano 13 settembre 2021. In dottrina, v. per tutti, con riferimento al giudizio di costituzionalità, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2016, p. 8, e, anche per ulteriori rinvii, B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BLJ*, n. 3, 2019, p. 125 ss.

<sup>24</sup> Su queste due dimensioni, individuale e collettiva, del bene “salute” v. già V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 76 ss., e, anche per ulteriori riferimenti, B. CARAVITA, *Art. 32*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, p. 216 ss.; A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet Giuridica, Milano, 2006, p. 658 ss. Da ultimo, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 41 ss.

<sup>25</sup> S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19*, in *LaCostituzione.info*, 28 agosto 2021, p. 1.

<sup>26</sup> La locuzione, che richiama quella («*digital green certificate*») che originariamente designava l'analogo strumento europeo nel testo della comunicazione COM(2021) 130 final del 17 marzo 2021 della Commissione (poi modificata dal Parlamento in prima lettura, con risoluzione P9\_TA(2021)0145 del 29 aprile), è di uso comune e sarà, pertanto, impiegata anche nel corso delle riflessioni che seguono, insieme alle specifiche denominazioni nazionali. Per alcune interessanti spigolature lessicali cfr. G. M. RUOTOLO, *Per aspera ad Astra (Zeneca). Libertà di circolazione intra-UE e diritto d'accesso ai vaccini nella campagna anti Covid-19*, in *DPCE online*, n. 1, 2021, p. XV, e C. BERTOLINO, «*Certificato verde Covid-19*» tra libertà ed eguaglianza, in *Federalismi*, n. 15, 2021, pp. 13-14.

<sup>27</sup> Regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021, concernenti, rispettivamente, il rilascio del *green pass* ai cittadini europei ed agli stranieri. Sulla genesi di tali atti normativi, così come su taluni profili astrattamente problematici che saranno di seguito approfonditi, v. sin d'ora S. CANTISANI, *La filosofia delle riaperture nel green pass italiano ed europeo*, in *Il Dir. amm.*, n. 10, 2021, p. 18 ss.

<sup>28</sup> V. in particolare le posizioni di Belgio, Francia, Germania e Paesi Bassi, come segnalato da I. GOLDNER LANG, *EU COVID-19 Certificates: A Critical Analysis*, in *Eur. J. Risk Regul.*, n. spec. 2, 2021, p. 299, nt. 3.

<sup>29</sup> Il panorama è, al riguardo, piuttosto fluido e diversificato, seguendo l'andamento delle infezioni. Al 12 ottobre 2021, comunque, lo strumento *de quo* era in uso, a livello interno, presso quattordici Paesi europei: Austria, Belgio, Cipro, Germania, Grecia, Ungheria, Lettonia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Irlanda e Slovenia, oltre alla Francia e ad alcune comunità autonome spagnole, su cui ci si soffermerà oltre nel testo.

come precedenti, a sostegno di restrizioni analoghe o, persino, maggiori<sup>30</sup>. Per utilizzare una metafora che pare appropriata al contesto, si pone, allora, l'esigenza di prevenire il rischio che l'Italia e, più in generale, le moderne democrazie, pur riuscendo a superare il coronavirus, accusino, poi, una sorta di *Long-COVID* giuridico, la cui effettiva durata e gravità sono ancora difficili da prevedere.

## 2. Luci ed ombre del precedente israeliano

Come anticipato, già nel febbraio 2021 il Parlamento israeliano ha emendato la c.d. *Corona Law* del 2020, che riunisce le misure stabilite per il contrasto dell'epidemia<sup>31</sup>, abilitando il Ministero della Salute a rilasciare un «certificato verde» a coloro che abbiano ricevuto il vaccino anti SARS-CoV-2 o siano guariti dalla malattia<sup>32</sup>. Contestualmente, veniva stabilito che il mancato possesso di tale certificato comportasse limitazioni, ulteriormente ampliate nei mesi successivi fino ad escludere la possibilità di accedere alla quasi totalità dei luoghi pubblici o aperti al pubblico, ivi comprese università e strutture ricettive, nonché di partecipare a manifestazioni sportive e cerimonie. Tale regime è stato sospeso nei mesi estivi, ma già a settembre una nuova ondata di contagi, insieme a nuove evidenze scientifiche sul graduale abbassamento dei tassi anticorpali da vaccino, ne hanno determinato l'integrale ripristino<sup>33</sup>, insieme all'abbreviazione dei termini di validità delle certificazioni.

Attenta dottrina<sup>34</sup> ha rilevato che dai lavori preparatori non emergono indizi univoci sullo scopo di tale normativa. Non è chiaro, cioè, se essa sia stata concepita per promuovere la ripresa in sicurezza delle attività economiche o, piuttosto, per promuovere la vaccinazione. A favore della prima ipotesi depone il fatto che le restrizioni – a differenza di quanto previsto in Italia – trovano applicazione anche ad una larga parte della popolazione tendenzialmente inattiva e, comunque, impossibilitata a farsi inoculare, costituita dai bambini di età inferiore a dodici anni e tre mesi e da coloro che presentino patologie particolarmente gravi. Costoro, così come chi rifiuti il vaccino di propria volontà, debbono quindi munirsi

---

<sup>30</sup> Cfr. le preoccupazioni espresse nel [manifesto](#) *Appello dei docenti universitari: "No al green pass"*, sottoscritto nel settembre 2021 da un nutrito gruppo di accademici italiani, tra cui alcuni giuristi. In letteratura, conseguenze addirittura «drammatiche» per la «vita democratica» sono paventate da M. CACCIARI - G. AGAMBEN, *A proposito del decreto sul green pass*, luglio 2021, consultabile nel [sito](#) dell'Istituto italiano per gli studi filosofici (Napoli), cui cfr. però le repliche di P. FLORES D'ARCAIS ed altri cento filosofi italiani, apparse rispettivamente su *MicroMega* del 27 luglio 2021 e *Il Fatto Quotidiano* del 15 ottobre 2021 (ed. online).

<sup>31</sup> *Law of Special Authorities to Deal with the Novel Coronavirus (Temporary Provision) 2020*, del 23 luglio 2020. Per una panoramica sulla risposta dell'ordinamento israeliano alla minaccia pandemica, anche in correlazione alla perdurante crisi governativa, si rinvia a E. ALBIN - I. BAR-SIMAN-TOV - A. GROSS - T. HOSTOVSKY BRANDES, *Israel: Legal Response to Covid-19*, § 35 ss., in J. KING - O. FERRAZ (a cura di), *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, OUP, Oxford, 2021 (accessibile da [www.oxcon.oup.com](http://www.oxcon.oup.com)), e cfr. T. HOSTOVSKY BRANDES, *A Year in Review: COVID-19 in Israel. A Tale of Two Crises*, in [Verfassungsblog](#), 13 aprile 2021.

<sup>32</sup> *Special Authorities Regulations to Combat the Novel Coronavirus (Temporary Provision) (Limitation of Activities and Other Orders) (Amendment No. 31) 2020*, del 19 febbraio 2021.

<sup>33</sup> A decorrere dalla mezzanotte del 3 ottobre 2021.

<sup>34</sup> AA.VV., *Promoting Vaccination from a Human Rights and Equity Perspective: Lessons from the Israeli "Green Pass"*, in *Eur. J. Risk Regul.*, n. spec. 2, 2021, p. 311.

di *green pass* sottoponendosi ad apposito test diagnostico (peraltro, alquanto costoso e di non sempre facile reperibilità)<sup>35</sup>.

Ad una maggiore efficacia della campagna vaccinale pare, invece, orientata la previsione di un'esenzione per tutti i dipendenti del settore privato, il cui accesso a fabbriche e negozi è stato, cioè, rimesso alle singole *policies* aziendali. Deve, comunque, richiamarsi che i datori di lavoro hanno manifestato da subito un atteggiamento molto rigorista, spingendosi ad allontanare, sospendere o, persino, licenziare chi fosse sprovvisto di certificazione. Le molteplici azioni giudiziarie intraprese contro tali decisioni hanno avuto esito negativo, scontrandosi con una giurisprudenza tutta orientata ad affermare la preminenza della salute pubblica rispetto alle istanze individuali e, in particolare, ai diritti costituzionali alla dignità, all'autodeterminazione, alla non discriminazione ed al mantenimento del posto di lavoro, di cui pure si è riconosciuta la compressione<sup>36</sup>.

In definitiva, non pare azzardato affermare che il possesso del certificato verde ha finito per diventare un onere per l'esercizio di numerosi diritti civili ed una necessità dal punto di vista salariale. Sotto questa luce, risultano oltremodo penalizzanti le attuali resistenze della burocrazia ministeriale all'accoglimento delle richieste di *green pass* avanzate da migranti e richiedenti asilo<sup>37</sup>, ed ancor maggiore perplessità suscita il fatto che la Corte Suprema, chiamata a valutare la costituzionalità di talune previsioni che ne ostacolano il rilascio alle minoranze palestinesi ed arabofone<sup>38</sup>, ne abbia rinviato più volte l'esame.

### 3. Le aspirazioni (in parte deluse) del «certificato COVID digitale» europeo

Come si è già accennato, nel giugno 2021 l'Unione europea si è munita di uno strumento analogo, denominandolo per l'appunto «certificato COVID digitale dell'UE». La relativa disciplina si ispira, anch'essa, al modello israeliano, ma tende a smussarne i profili più problematici.

Anche il *green pass* europeo, infatti, viene rilasciato a seguito di vaccinazione, guarigione o test diagnostico negativo, ai sensi dell'art. 3, § 1 reg. 2021/953. Diversamente dalla *Knesset*, tuttavia, Parlamento europeo e Consiglio riconoscono formale rilevanza ad un elenco di test tendenzialmente ampio<sup>39</sup>, rendendone,

---

<sup>35</sup> Più precisamente, il certificato scade dopo ventiquattr'ore nel caso di test antigenico e settantadue per i test PCR (sette giorni per gli alunni delle scuole *Magen*). Non necessitano di *green pass* i soli bambini fino a tre anni di età, per i quali, del resto, la sottoposizione a tali accertamenti sarebbe particolarmente gravosa.

<sup>36</sup> Emblematiche, in questo senso, la sent. Trib. reg. lav. Tel Aviv 21 marzo 2021, 42405-02-21, *Avishai v. Kochav Yair Tzur Yigal Local Council*, poi confermata in appello, e la sent. Trib. reg. lav. Haifa 28 marzo 2021, 33232-03-21, *Pickstein v. Shufersal*, cui cfr. la dec. Trib. reg. lav. Tel Aviv 2 maggio 2021, 50749-02-21, *Uri Chen v. Netanya Municipality*. In dottrina, v. ancora AA.VV., *Promoting Vaccination*, cit., pp. 315-316.

<sup>37</sup> AA.VV., *Promoting Vaccination*, cit., p. 312.

<sup>38</sup> V. la causa HCJ 1935/21, *Adalah*, sul mancato utilizzo della lingua araba nel testo dei certificati, e la causa HCJ 2171/21, *Physicians for Human Rights*, concernente l'esclusione dalla campagna vaccinale di quasi tutti coloro che abitano il Territorio palestinese occupato (OPT).

<sup>39</sup> Tra i test non antigenici (cd. rapidi), egualmente validi per il rilascio del certificato, l'art. 2 reg. 2021/953, n. 4, elenca sia quelli basati su tecnica PCR, sia i cd. LAMP e TMA.



così, più agevole l'effettivo reperimento da parte dei cittadini e prevenendo quei rischi di oligopolio che, altrimenti, avrebbero potuto farne levitare i prezzi. In secondo luogo, va segnalato che l'art. 3, § 2, del citato regolamento, laddove prevede che i certificati debbono essere redatti «almeno» in inglese e «nella lingua o nelle lingue ufficiali» dello Stato di rilascio, lascia trasparire un'apprezzabile sensibilità verso eventuali minoranze etnico-linguistiche.

La differenza più significativa rispetto ad Israele risiede, però, nella *ratio* sottesa all'intera operazione: non già limitare, bensì agevolare l'esercizio di quella libertà di circolazione transfrontaliera che, com'è noto, rientra tra gli stessi scopi fondativi dell'Unione (art. 3, § 2 TUE)<sup>40</sup> e che le molteplici misure nazionali avevano, di fatto, sospeso. Ciò emerge testualmente dagli artt. 1, § 1 e 3, § 6 del regolamento n. 2021/953 e trova ampia rispondenza nel preambolo. In particolare, il *considerando* n. 14 evoca i principi di «proporzionalità» e «non discriminazione», escludendo che l'atto possa essere interpretato nel senso di «agevola[re]» o «incentiv[are]» restrizioni ai «diritti fondamentali», mentre il *considerando* n. 36 rimarca l'esigenza di evitare discriminazioni, anche indirette, nei confronti dei non vaccinati, e ripudia tanto l'ipotesi di rendere l'inoculazione obbligatoria, quanto quella di subordinare ad essa gli spostamenti tra gli Stati membri<sup>41</sup>.

Senonché, tali enunciazioni di principio si scontrano con la lettera dell'art. 11 del medesimo regolamento, il quale, benché vieti di imporre ai viaggiatori titolari di *green pass* adempimenti ulteriori, come p. es. l'osservanza di periodi di quarantena o isolamento, al contempo, con formula assai ampia, consente tutte le restrizioni che siano «necessarie e proporzionate» alla tutela della salute pubblica (§ 1). A ben vedere, la garanzia più significativa posta dalla disposizione non opera tanto sul piano sostanziale, quanto piuttosto su quello dei possibili rimedi, nel senso, cioè, di gettare le basi per un sindacato della Corte di giustizia sulle decisioni dei Paesi membri, attivabile sia dal giudice nazionale *ex* art. 267 TUE, qualora egli si trovi a giudicare sulla violazione delle misure nazionali, sia dalla Commissione (o da altri Stati membri), nel quadro di eventuali procedimenti d'infrazione. A quest'ultimo proposito, appare significativa la precisazione, contenuta nel testo, che ciascuno Stato, nel valutare la necessità di nuove restrizioni, deve tener conto delle «prove scientifiche disponibili» e dei dati epidemiologici pubblicati dal Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (Ecdc)<sup>42</sup>, con l'obbligo, altresì, di motivare preventivamente

<sup>40</sup> Cfr. in materia, oltre ovviamente al corrispondente diritto riconosciuto ai singoli dall'art. 45 CDFUE e dall'art. 21, § 1 TFUE, il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, in cui è stato sostanzialmente rifiuto l'*acquis* di Schengen, cui *adde* da ultimo i *Principi generali* della raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio, del 13 ottobre 2020. Ivi si legge che tutte le misure adottate per il contrasto all'epidemia da Covid-19 non debbono spingersi «al di là di quanto strettamente necessario per tutelare la salute pubblica» (art. 1) e, in ogni caso, dovranno essere «revocate non appena la situazione epidemiologica lo consent[irà]» (§ 2).

<sup>41</sup> Nello stesso senso, tra gli altri, i *considerando* nn. 6, 12, 26 e 42.

<sup>42</sup> Su tale agenzia, creata da Parlamento europeo e Consiglio con regolamento CE/851/2004 del 21 aprile 2004, v. di recente AA.VV., *What Is the Role of the European Union in the COVID-19 Pandemic?*, in *Med. & L.*, n. 2, 2020, p. 256 ss.

la propria decisione in un'informativa alla Commissione ed agli altri Stati membri<sup>43</sup>. Ciononostante, sul piano applicativo i limiti della disposizione restano evidenti e, in definitiva, connaturati all'incompiutezza del *federalizing process* europeo.

A dimostrazione di quanto appena affermato, risalta l'anomalia di un atto amministrativo nominativamente «dell'UE» ma rilasciato dai singoli Stati, ciascuno dei quali resta libero, anzitutto, di riconoscervi rilievo giuridico o meno, con l'unico vincolo costituito dal divieto di discriminazione in base al Paese (europeo) di emissione<sup>44</sup>.

Analoga discrezionalità emerge dall'art. 8, § 1, il quale, nel consentire il rilascio del certificato agli stranieri che dimostrino di essersi vaccinati all'estero, non fissa alcun criterio per valutare l'«affidabilità» delle attestazioni eventualmente rilasciate dai Paesi terzi. Sicché, per evitare che il carattere *case by case* di tali valutazioni sfoci nell'insorgenza di orientamenti nazionali contrastanti, con conseguente rischio di *forum shopping* amministrativo, può soltanto auspicarsi che la Commissione faccia concreto ricorso al potere, che la medesima disposizione le attribuisce al paragrafo 2, di individuare essa stessa i Paesi terzi le cui certificazioni debbano considerarsi attendibili. Per tal via potrebbe, peraltro, sanarsi la patente disparità di trattamento insinuata nel testo dello stesso regolamento, tra i cittadini europei che risiedono nel continente e coloro che abitano nei possedimenti coloniali, i quali ultimi risultano esclusi dal riconoscimento automatico tutte le volte in cui il rispettivo Governo abbia scelto di delegare la campagna di vaccinazione ad altri Stati, geograficamente più vicini (art. 8, § 5).

Ed ancora, la perdurante limitatezza delle attribuzioni dell'Unione europea in ambito sanitario<sup>45</sup> determina la permanenza al livello nazionale di tutte le decisioni su approvvigionamento e somministrazione di vaccini e test diagnostici. Ad esempio, i Governi restano liberi di definire corsie preferenziali per determinate categorie di soggetti a svantaggio di altre, così come di modulare eventuali gratuità sulla base, ad esempio, dell'età, delle condizioni di salute, del reddito o della cittadinanza (quantomeno europea). Ciò sembra confermare le preoccupazioni a suo tempo espresse in dottrina, circa il pericolo che la difficoltà di accedere al vaccino e, quindi, alla relativa certificazione esponga categorie già vulnerabili,

<sup>43</sup> Lo stesso art. 11, § 2 reg. 2011/953 configura l'ipotesi di un repentino peggioramento della situazione epidemiologica «a causa di una variante di SARS-CoV-2».

<sup>44</sup> In questo senso l'art. 5, § 5, l'art. 6, § 5 e l'art. 7, § 8 reg. 2021/953, a norma dei quali gli Stati membri sono tenuti ad «accett[are]» i certificati europei, rispettivamente, di vaccinazione, di test e di guarigione, soltanto «qualora» riconoscano rilievo a certificazioni corrispondenti, emesse dalle proprie Autorità sanitarie, ed «alle stesse condizioni».

<sup>45</sup> Sul tema non è qui possibile soffermarsi, neppure sommariamente. Si rinvia, pertanto, a P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in DPCE online, n. 2, 2020, p. 2298 ss., e D. MORANA, *Alla periferia delle priorità eurolunitarie (con qualche segnale in controtendenza): la tutela della salute nella dimensione europea*, in P. CARNEVALE - E. CASTORINA - G. GRASSO - R. MANFRELLOTTI (a cura di), *L'Europa dei tre disincanti. Liber Amicorum per Giovanni Cocco*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 633 ss., cui cfr., ancora, le ritrosie degli Stati membri a cedere sovranità (anche) in tale specifico ambito, evidenziate da AA.VV., *More Competences than You Knew? The Web of Health Competence for European Union Action in Response to the COVID-19 Outbreak*, in Eur. J. Risk Regul., n. spec. 2, 2020, p. 7.

come immigrati e apolidi, a pesanti limitazioni delle proprie libertà fondamentali, esasperandone il tasso di emarginazione sociale<sup>46</sup>.

In questo quadro, non sorprende che un istituto concepito in funzione di garanzia, nella legislazione di numerosi Stati membri abbia gradualmente assunto una valenza diversa, fungendo, cioè, da discriminare – come si è in parte accennato e si vedrà meglio a breve – per disparità di trattamento nell’esercizio di determinate libertà. Peraltro, nel silenzio dei regolamenti, alcuni Governi hanno riconosciuto rilievo anche alla somministrazione di vaccini e test diagnostici ulteriori e diversi rispetto a quelli validati dall’Ema, basandosi sui soli pareri delle proprie Autorità di farmacovigilanza e, talora, anche di una certa “sensibilità” per fattori di carattere economico e geopolitico, come nel caso dei vaccini prodotti in Russia e Cina<sup>47</sup>. Ciò appare quantomeno problematico, poiché si risolve in una deroga, seppur temporanea, al principio dell’uguale godimento dei diritti fondamentali in tutto il territorio dell’Unione, sotteso allo stesso concetto di cittadinanza europea<sup>48</sup>.

Al riguardo, accanto al caso italiano, su cui ci si è già soffermati, sembrano interessanti quelli di Francia e Spagna, anche per i rispettivi spunti giurisprudenziali.

---

<sup>46</sup> In questo senso, tra gli altri, J. HÄKLI, *COVID-19 Certificates as a New Form of Mobility Control*, in *Eur. J. Risk Regul.*, n. spec. 2, 2021, p. 367, adesivamente ripreso, sul punto, da A. ALEMANN - L. BIALASIEWICZ, *Certifying Health*, cit., p. 281. Con specifico riferimento all’analoga scelta compiuta dal legislatore statunitense, v. E. BHANDARI - R. MOORE, *Coronavirus “immunity passports” are not the answer*, maggio 2020, consultabile nel sito dell’[American Civil Liberties Union](https://www.aclu.org/press-releases/coronavirus-immunity-passports-are-not-the-answer). In Italia, dove la somministrazione dei vaccini anti-Covid è gratuita per tutta la popolazione in conformità al riconoscimento della salute quale diritto fondamentale ex art. 32 Cost., v. le preoccupazioni manifestate al Commissario straordinario dalla Società italiana di medicina delle migrazioni e da un folto gruppo di associazioni nella [nota](#) del 31 maggio 2021, insieme a quanto emerso da alcune inchieste giornalistiche: cfr. *Europa, 4 milioni di migranti tagliati fuori dalla vaccinazione anti-Covid*, in *La Repubblica*, 12 settembre 2021 (ed. online).

<sup>47</sup> Cfr. puntualmente I. GOLDNER LANG, *EU COVID Certificates*, cit., p. 302, e A. ALEMANN - L. BIALASIEWICZ, *Certifying Health: The Unequal Legal Geographies of COVID-19 Certificates*, in *Eur. J. Risk Regul.*, n. spec. 2, 2021, p. 278. Invero, le grandi potenze hanno iniziato ad utilizzare i vaccini come “arma” diplomatica e commerciale ben prima dell’attuale pandemia, come evidenziato da A. LECONTE, *Vaccino “bene comune universale”? Perché la geopolitica rema contro*, in *Policy Brief* n. 21, 2021, p. 2, (in [www.sog.luiss.it](http://www.sog.luiss.it)), e P. HOTEZ - K. VENKAT NARAYAN, *Restoring Vaccine Diplomacy*, in *J. Am. Med. Ass.*, n. 23/2021, pp. 2337-2338. Sul tema v. anche D. ELLWOOD, *La geopolitica dei vaccini*, in *Il Mulino*, marzo 2021, *passim*, e G. NATALI, *La geopolitica dei vaccini*, in *Atlante*, 25 marzo 2021 (in [www.treccani.it](http://www.treccani.it)).

<sup>48</sup> Lo stretto nesso tra cittadinanza europea e tutela dei diritti fondamentali è evidenziato, tra gli altri, da L. MOCCIA, *Cittadinanza e diritti fondamentali dell’Unione*, in ID. (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell’Unione europea*, Franco Angeli, Milano, 2010, p. 186 ss.; V. DI COMITE, *L’uguaglianza tra cittadini europei? Una nuova sfida per un problema annoso*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Cacucci, Bari, 2011, p. 85 ss.; A. WARD, - J. MACLENNAN, *Citizenship and Incremental Convergence with Fundamental Rights?*, in *Cambridge L. J.*, n. 2, 2019, p. 283 ss. Nello stesso senso cfr., seppur con riferimento alla contigua categoria dei diritti sociali, A. CIANCIO, *C’è ancora bisogno di una Costituzione europea?*, in *DPCE online*, n. 1, 2021, p. 129.

#### 4. La disciplina del *passee sanitaire* francese

Nell'ordinamento francese l'introduzione del *green pass* ad uso interno rientra in un regime transitorio istituito nel maggio 2021<sup>49</sup> con lo scopo di agevolare la definitiva uscita dalla crisi pandemica. Sul piano temporale, esso fa seguito alla più rigida disciplina dell'*état d'urgence sanitaire*<sup>50</sup>, che pure rimane astrattamente ripristinabile dall'Esecutivo fino al 31 luglio 2022<sup>51</sup>.

Le norme in esame sono contenute nel decreto del Primo ministro n. 2021-699 del 1° giugno 2021, ripetutamente modificato nei mesi successivi<sup>52</sup>. I requisiti per il rilascio del *passee* sono pressoché sovrapponibili a quelli già esaminati, salve, tuttavia, la più breve validità del *passee* rilasciato a seguito di tampone, recentemente ridotta da settantadue a sole ventiquattro ore<sup>53</sup>, e la possibilità di depennare i test antigenici qualora la diffusione di nuove varianti della malattia dovesse renderli inattendibili (art. 2-2, n. 1°). Nell'assunzione di questa, come di ogni altra decisione concernente la gestione della «*catastrophe sanitaire*», Governo e Parlamento sono affiancati da un Comitato scientifico, alla cui nomina partecipano il Presidente della Repubblica e quelli delle Camere, ed i cui pareri, una volta emessi, debbono essere pubblicati «senza ritardo» (art. L3131-19 CSP)<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> Legge n. 2021-689 del 31 maggio 2021, «*relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*». La scadenza del regime transitorio, inizialmente fissata al 15 novembre 2021, è stata prorogata al 31 luglio 2022 dalla legge n. 2021-1465 del 10 novembre 2021, che ha, altresì, esteso a tale data l'attuale *état d'urgence sanitaire* (su cui v. testo e note seguenti).

<sup>50</sup> C. SARTORETTI, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, p. 1665, giudica la creazione di tale stato emergenziale, malgrado le molteplici alternative già presenti nel vigente quadro ordinamentale (esercizio di poteri eccezionali da parte del Presidente della Repubblica, ex art. 16 Cost.; *état d'urgence*, ex artt. 1 ss. legge n. 55-385 del 3 aprile 1955; imposizione di misure sanitarie straordinarie da parte del Ministro della salute, ex art. L3131-1 CSP), «inutile, ridondante [e] pretestuosa». Sul tema v. approfonditamente A. GELBLAT - L. MARGUET, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états?*, in *Rev. dr. homme*, aprile 2020, p. 1 ss., e V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile. Les fondements juridiques fragiles de l'urgence sanitaire*, in *Rev. dr. homme*, marzo 2020, p. 1 ss., cui *adde*, in Italia, D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d'emergenza sanitaria*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2020, p. 308 ss., e P. MILAZZO, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale*, in *Oss. fonti*, n. spec., 2020, p. 421 ss. Quest'ultimo A., peraltro, segnala la disponibilità di uno strumento ulteriore, anch'esso ignorato: l'esercizio, da parte del Primo ministro, di poteri amministrativi eccezionali, ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza a partire dalla «storica» sent. *Cons. État* 8 agosto 1919, *Labonne*.

<sup>51</sup> Invero, sul piano delle fonti la gestione della crisi da parte del legislatore si è rivelata alquanto disordinata. Proclamato dal Presidente della Repubblica due volte, dal 24 marzo al 10 luglio 2020 e dal 17 ottobre al 17 novembre 2021, e poi ripetutamente prorogato dallo stesso Parlamento fino al 1° giugno 2021 (art. 1 legge n. 2020-1379 del 14 novembre 2020; art. 1 legge n. 2021-160 del 15 febbraio 2021), l'*état d'urgence sanitaire* è disciplinato da un apposito Capitolo del *Code de la santé publique* (artt. L3131-12 - L3131-20, creati dall'art. 2 legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020); capitolo che, come richiamato nel testo, al pari della nuova disciplina è destinato a trovare applicazione solo in via provvisoria (il termine inizialmente fissato, 1° aprile 2021, è stato prorogato dall'art. 1 della cit. legge n. 2021-160). Termini di durata differenti sono stati previsti per le collettività, le regioni e i territori d'oltremare, a parte dei quali il nuovo regime non è ancora applicabile (art. 3, § I, legge n. 2021-689, cit., come modificata dalla legge n. 2021-1172 dell'11 settembre 2021).

<sup>52</sup> Si tratta dell'atto normativo in cui sono man mano confluite tutte le più recenti prescrizioni di contrasto alla pandemia (uso di mascherine, distanziamento sociale *etc.*). Le modifiche concernenti l'introduzione del *passee sanitaire* risalgono al decreto n. 2021-724 del 7 giugno 2021 e, soprattutto, al decreto n. 2021-1215 del 22 settembre 2021, quest'ultimo emanato sulla base delle modifiche apportate dalla legge n. 2021-1040 del 5 agosto 2021 alla cit. legge n. 2021-689.

<sup>53</sup> Art. 47-1 decr. n. 2021-699, cit., come modificato dal decr. 2021-1521 del 25 novembre 2021.

<sup>54</sup> La disposizione, entrata in vigore il 24 marzo 2020 insieme all'intero «pacchetto» legislativo sull'*état d'urgence sanitaire*, è stata, poi, affinata in modo da accrescere autorevolezza e spazio di azione dell'organo. Peraltro, alla data della sua

A partire dalla scorsa estate<sup>55</sup>, dunque, l'esibizione del *passee sanitaire* è richiesta per l'accesso a numerosi spazi pubblici. Il relativo elenco lascia trasparire un chiaro sforzo di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco: ad esempio, gli edifici di culto vi figurano limitatamente alle attività di carattere non religioso, come mostre e conferenze; la ristorazione è esclusa se svolta all'interno di alberghi, stazioni ferroviarie e stazioni di servizio; supermercati e farmacie sono, in linea di principio, esenti, in quanto i relativi prodotti costituiscono beni di prima necessità, ma i prefetti possono includerli qualora siano collocati all'interno di centri commerciali ad alto rischio di contagi e – secondo un orientamento affermatosi nella prassi – nel medesimo territorio vi siano comunque altri negozi del medesimo tipo ad accesso libero<sup>56</sup>. Ciononostante, nel complesso si tratta di un elenco tanto ampio da coprire numerose esigenze di vita quotidiana, dall'approvvigionamento di beni e servizi ai trasporti, alle attività culturali e ricreative (art. 47-1). Chi, in conseguenza di tali limitazioni, si trovi impossibilitato ad accedere al luogo di lavoro, in mancanza di accordo con la parte datoriale è posto in congedo retribuito per tre giorni, esauriti i quali il contratto resta, comunque, sospeso<sup>57</sup>. Una disciplina ancora più severa si applica agli operatori sanitari e di primo soccorso, per i quali congedo e sospensione obbligatori scattano comunque in assenza di immunizzazione post-malattia o vaccinazione (salvo che quest'ultima sia controindicata per motivi di salute)<sup>58</sup>.

Il *passee* è, altresì, necessario per fare ingresso nel territorio nazionale e in quello di alcuni territori e domini d'oltremare. Tuttavia, se il documento è stato rilasciato a seguito di tampone o se nel luogo di provenienza si registra un numero elevato di contagi, l'attraversamento della frontiera dev'essere giustificato da «comprovati motivi di necessità o di urgenza» ed è, altresì, previsto un periodo di quarantena obbligatoria (artt. 23-1, 23-2).

---

formale istituzione e, vieppiù, della nomina del suo presidente (decreto presidenziale del 3 aprile 2020), il Comitato era già operativo, avendo cominciato a riunirsi sin dal marzo 2020. Curiosamente, esso non ha una denominazione univoca: nel decreto è menzionato come «*Comité de scientifiques constitué au titre de l'état d'urgence sanitaire déclaré pour faire face à l'épidémie de covid-19*», nei siti Internet del Governo ricorre la dicitura «*Conseil scientifique COVID-19*», mentre il *Conseil constitutionnel* vi si riferisce genericamente come «*Comité de scientifiques*», aggiungendo un richiamo alla relativa disposizione codicistica.

<sup>55</sup> In un primo momento, il nuovo regime riguardava i soli maggiorenni ed escludeva il settore lavorativo; dal 30 agosto si applica anche ai lavoratori (v. subito nel testo) e, dal 30 settembre, anche ai minorenni di età pari o superiore a dodici anni e tre mesi d'età.

<sup>56</sup> Il *passee* non è affatto previsto nelle scuole, mentre per negli ospedali non è richiesto ai pazienti, salvo diverso avviso del medico.

<sup>57</sup> La previsione è contenuta, con riferimento tanto ai lavoratori del settore privato quanto ai dipendenti pubblici, nel testo dell'art. 1, § II, lett. C della legge n. 2021-689, cit.

<sup>58</sup> Artt. 12 ss. legge n. 2021-1040, cit., da leggersi insieme agli artt. 49-1 e 49-2 del cit. decreto n. 2021-699, che prevedevano un periodo-cuscinetto, conclusosi il 15 ottobre 2021, durante il quale il certificato vaccinale poteva essere sostituito da dall'esito negativo di un test diagnostico, valido settantadue ore. Sul tema, divenuto oggetto di acceso dibattito, v. per tutti P. SÉGUR, *Sur la laïcité d'une obligation vaccinale anti-COVID*, in *RDLF*, n. 20 (2021), p. 1 ss., e, per un raffronto con altri obblighi vaccinali già presenti nell'ordinamento francese, A. FABRE, *Les obligations de vaccination et de présentation d'un passe sanitaire*, in *Dalloz actualité*, ottobre 2021, *passim*.



## 5. Segue. Il *pas de sanitaire* al vaglio del *Conseil constitutionnel* e della Corte di Strasburgo.

Il *Conseil constitutionnel* ha avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità delle norme appena richiamate in due occasioni. Nella decisione n. 2021-819<sup>59</sup>, pubblicata nel maggio 2021, a venire in rilievo è stata l'intera disciplina dei *passes*, che una *saisine* di parlamentari contestava sia sul piano procedurale, per essere stata approvata aggirando le norme costituzionali su analisi dello studio d'impatto e consultazione obbligatoria del Consiglio di Stato<sup>60</sup>, sia su quello sostanziale, adducendone il carattere discriminatorio per via dell'inaccessibilità dei tamponi ai cittadini economicamente svantaggiati. Entrambi gli addebiti sono giudicati infondati, ma sulla base di argomenti eminentemente formalistici.

Riguardo al primo, il *Conseil* si limita a richiamare che i summenzionati adempimenti sono necessari solo per procedere all'approvazione di progetti di legge, mentre le norme in esame figuravano in un emendamento ad un progetto già depositato (§ 15). Esso lascia, così, in secondo piano un dato che pare, invece, significativo: l'emendamento in questione ha, in realtà, stravolto il testo originario, mutando il *pas de sanitaire* da elemento di semplificazione dei controlli sanitari negli spostamenti tra Francia continentale, Corsica e Territori d'oltremare, a requisito di accesso a determinati luoghi e servizi sullo stesso territorio nazionale<sup>61</sup>.

Quanto alla seconda contestazione, la pronuncia non entra nel merito, dichiarandone la non attinenza alle disposizioni censurate, le quali menzionano i tamponi solo per includerli tra le alternative utili al rilascio dei *passes*, senza disciplinarne esse stesse il prezzo di vendita (§ 20).

Nel mese di agosto, la decisione n. 2021-824<sup>62</sup> ha dichiarato l'incompatibilità col principio di uguaglianza formale di una disposizione che esponeva al licenziamento i soli lavoratori, sprovvisti di *pas de*, che fossero assunti a tempo determinato o interinale (§§ 77-78). Tuttavia, *a contrario*, essa ha lasciato impregiudicata la possibilità, per il legislatore, di reintrodurre la disciplina in oggetto con un ambito di applicabilità ancora più ampio, comprensivo, cioè, di tutte le tipologie contrattuali.

Vengono, altresì, rigettate tutte le censure concernenti il presunto contrasto tra le norme che subordinano l'ingresso a determinati luoghi al possesso del *pas de sanitaire* e le disposizioni costituzionali sulle libertà di circolazione, riunione e manifestazione del pensiero in forma collettiva, nonché sul diritto al rispetto della vita privata. In particolare, si osserva che le restrizioni, poiché mirano a tutelare un bene giuridico anch'esso costituzionalmente significativo, qual è la salute pubblica, e poiché sono, comunque, articolate

<sup>59</sup> Dec. *Cons. const.* n. 2021-819 DC del 31 maggio 2021, su cui v. G. GRASSO - M. KORDEVA, *La loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 27 mai 2021 devant le Conseil constitutionnel: quelques réflexions d'ensemble sur la décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021*, in corso di pubblicazione in *Corti Supreme e Salute*, n. 3, 2021.

<sup>60</sup> Il riferimento è all'art. 39 Cost. e, in sede attuativa, all'art. 8 della legge organica n. 2009-403 del 15 aprile 2009.

<sup>61</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il pas de sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, in *DPCE online*, n. 3, 2021, p. 2821, secondo il quale il rigetto della *grief* procedurale sarebbe stato «abbastanza sbrigativ[o]».

<sup>62</sup> Dec. *Cons. const.* n. 2021-824 del 5 agosto 2021, su cui v. ampiamente G. GRASSO, *Il pas de sanitaire*, cit., p. 2824 ss.

in modo da garantire a tutti l'accesso ai beni e servizi indispensabili, come alimenti e cure mediche (§§ 38, 42), realizzano una «conciliazione equilibrata» tra i molteplici interessi in gioco (§ 48). In ogni caso – rimarca, più volte, il Collegio – la legge in esame non presenta quella inadeguatezza «manifesta» che, essa soltanto, consentirebbe al *Conseil* di sindacare il merito dell'apprezzamento parlamentare<sup>63</sup>. La medesima giustificazione è addotta per respingere gli addebiti che investono la proroga legislativa dell'intero «*régime de gestion de la sortie de crise sanitaire*», anche alla luce della conformità di tale decisione politica ai pareri del competente «*Comité de scientifiques*» (§ 29).

Entrambe le pronunce lasciano trasparire un evidente *self-restraint* nei confronti del legislatore, probabilmente motivato dalla volontà di non intralciarne gli sforzi in un momento tanto delicato. Questa impressione trova riscontro nel fatto che già nel marzo 2020 il *Conseil constitutionnel*, investito dell'esame di una legge organica connessa con la gestione dell'emergenza, approvata in aperta violazione del procedimento di cui all'art. 46, co. 2 Cost., ne ha ugualmente autorizzato la promulgazione, «tenuto conto delle particolari circostanze del caso»<sup>64</sup>. Nonostante il carattere lapidario della motivazione<sup>65</sup>, la dottrina è unanime nel ritenere che la pronuncia abbia inteso evocare la c.d. *théorie des circonstances exceptionnelles*<sup>66</sup>, elaborata nel primo Dopoguerra dalla giurisprudenza amministrativa<sup>67</sup>. Secondo questa teoria, i vizi di

<sup>63</sup> Si interroga sulla preferibilità, nel caso di specie, di un più stringente «*contrôle de la nécessité*» S. BENZINA, *La «petite décision» du Conseil constitutionnel relative au «pass sanitaire»*, § 2, in [Leclubdesjuristes](#), settembre 2021.

<sup>64</sup> Dec. *Cons. const.* n. 2020-799 DC del 26 marzo 2020, § 3. In dottrina, v. almeno V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020*, in *Rev. dr. homme*, aprile 2020, p. 3 ss., che opera anche un raffronto con alcuni precedenti; criticamente, J.-É. GICQUEL, *La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution*, in *Gaz. du Palais*, n. 14, 2020, p. 3; A. VIDAL-NAQUET, *Le virus, l'urgence sanitaire et le vaccin*, in *Rev. fr. dr. const.*, n. 123, 2020, p. 669 ss.; M. KAMAL-GIRARD, *Le Conseil constitutionnel, esclave de la montre?*, in *Petites Affiches*, n. 221, 2020, p. 8 ss., oltre agli Autori citati nelle note seguenti. P. COSTANZO, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, in *Cons. online*, agosto 2021, p. II, ipotizza che la volontà di non intralciare gli interventi governativi sia alla base di un'altra pronuncia, per così dire, «sorprendente», resa nel medesimo periodo: la n. 843 QPC del 28 maggio 2020, che ha dichiarato la natura legislativa di alcune ordinanze governative, benché esse non fossero state ratificate dal Parlamento nel termine previsto dall'art. 38 Cost.: cfr. A. LEVADE, *Conseil constitutionnel et ordonnances: l'in vraisemblable revirement!*, in *Semaine jurid.*, n. 26, 2020, pp. 1185 - 1186; L.-S. RAMDANI, *Les ordonnances à l'épreuve de la QPC: baro sur le Conseil constitutionnel*, in *Petites Affiches*, n. 2015, 2020, p. 9 ss.; T. PERROUD, *La Constitution «Total»*, in *Recl. Dalloz*, n. 24, 2020, p. 1390 ss.

<sup>65</sup> Una lapidarietà «maldestra» secondo J. JEANNENEY, *La non-théorie des «circonstances particulières»*, in *Actual. jurid. dr. admin.*, n. 15, 2020, pp. 845-846, cui si rinvia anche per ulteriori critiche.

<sup>66</sup> Sul tema restano illuminanti, anche se non più recentissime, le trattazioni di C. ROIG, *Les Circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la doctrine*, Thèse, Parigi, 1958, *passim*, e L. NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, LGDJ, Parigi, 1992, *passim*. In Italia, v. C. BONTEMPS DI STURCO, *Francia*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, 2011, p. 13 ss., disponibile nel sito della [Corte costituzionale](#), e B. LANIYAN, *Il potere regolamentare autonomo in periodi di crisi. A proposito di una particolarità francese: la teoria delle circostanze eccezionali*, in *Federalismi*, n. spec. 2, 2017, p. 3 ss. Infine, possono richiamarsi le riflessioni svolte, a partire proprio dalla decisione in esame, da M. CHARITÉ, *La théorie des «circonstances particulières» dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *RDLF*, n. 41 (2020), p. 1 ss., che scrive di una «*théorie résurgente du passé*», e S. HUL, *Les «circonstances particulières» que nous vivons actuellement justifient même que le Conseil constitutionnel accepte qu'il soit dérogé à des dispositions de la Constitution relatives à la passation de lois organiques*, in [Actu-juridique.fr](#), giugno 2020, §§ I-II, che ne esplora i possibili sviluppi nell'odierno contesto pandemico.

<sup>67</sup> A partire dalla nota sent. *Cons. État* 28 giugno 1918, *Heyriès*, n. 63412, il cui influsso sulla giurisprudenza amministrativa seguente è ben evidenziato da AA.VV., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Parigi, 2015<sup>20</sup>, p. 178 ss. In

legittimità degli atti amministrativi (e quindi, per analogia, anche di quelli legislativi) sarebbero privi di rilievo giuridico se determinati, per l'appunto, da situazioni «anormal[i]» ed «esorbitant[i]» o, comunque, da «una moltitudine di eventi gravi ed imprevisti»<sup>68</sup>. Senonché, non sembra che tali elementi ricorressero nel caso di specie: il numero dei contagi, per quanto preoccupante, non impediva al Parlamento di attendere i quindici giorni previsti dal Costituente prima di procedere all'approvazione, né ciò avrebbe comportato il sacrificio di interessi di assoluto rilievo costituzionale, dal momento che quella specifica legge non era rivolta a salvare vite umane<sup>69</sup>.

Ed ancora, merita di essere richiamata la decisione n. 2020-803, di pochi mesi successiva, la quale ha confermato la legittimità di alcune disposizioni che, conferendo al Primo ministro il potere di limitare la libertà di circolazione delle persone e l'apertura di esercizi commerciali e luoghi di riunione, avevano di fatto aggirato la mancanza dei presupposti per la dichiarazione dell'*état d'urgence sanitaire*, nel cui quadro soltanto, fino a quel momento, tali misure potevano legittimamente collocarsi. Tra le ragioni per cui il *Conseil* non ha censurato la nuova legge, due paiono assorbenti: *in primis*, la relativa finalità di protezione della salute pubblica, quale bene giuridico di alto valore costituzionale<sup>70</sup>; in secondo luogo, l'inidoneità del Consiglio medesimo a «rimettere in causa l'apprezzamento del legislatore» circa l'entità del pericolo sanitario che si intendeva evitare<sup>71</sup>.

Tutte queste pronunce paiono indicative dei rischi di condizionamento cui possono trovarsi esposti gli organi di giustizia costituzionale, quando sia loro richiesto di decidere su atti normativi approvati in situazioni emergenziali e sotto la pressione di opinione pubblica, forze politiche e mezzi d'informazione<sup>72</sup>. Deve, comunque, segnalarsi che le disposizioni più problematiche tra quelle sopra richiamate, concernenti l'obbligo di *passé* vaccinale (o post-guarigione) per alcune categorie di lavoratori, hanno superato il vaglio della Corte di Strasburgo, che il 24 agosto 2021 ha rigettato l'istanza di sospensiva

---

dottrina, v. per tutti M. HAURIOU, *Pleins pouvoirs du gouvernement pendant la guerre et droit à la communication du dossier*, in *Rev. gén. dr. on line*, 2015 (1922), p. 1 ss., e, per i successivi sviluppi, la periodizzazione proposta da J. MASSOT, *Le Conseil d'État face aux circonstances exceptionnelles*, in *Cahiers de la Justice*, n. 2, 2013, p. 27 ss.

<sup>68</sup> In questi termini C. SARTORETTI, *La risposta francese all'emergenza sanitaria*, cit., p. 1653, nt. 37, che riprende testualmente le conclusioni del commissario governativo Letourneur nel noto caso *Langier* (1948).

<sup>69</sup> Si trattava, infatti, di un'unica disposizione, con cui si prorogavano i termini per l'inoltro delle *questiones prioritaires de constitutionnalité* da parte della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, stante il rallentamento dell'attività giudiziaria dovuto a distanziamento sociale, sanificazione periodica dei locali *etc.*

<sup>70</sup> Dec. *Cons. const.* n. 2020-803 del 9 luglio 2020, § 10. Il medesimo argomento è stato, poi, utilizzato dal Tribunale costituzionale federale tedesco per affermare la legittimità delle restrizioni introdotte in Germania nel corso delle prime ondate (*in primis*, distanziamento sociale e confinamenti): cfr. la sent. 19 novembre 2021, § 105 ss., 1 BvR 781/21 *et al.*

<sup>71</sup> *Ibid.*, § 13. A questo specifico riguardo, cfr. in dottrina M. ALTWEGG-BOUSSAC, *La «nature» de l'appréciation du Parlement» selon le Conseil constitutionnel: la société, la science, et cetera*, in *Rev. dr. homme*, n. 20, 2021, p. 10 ss.

<sup>72</sup> Cfr. puntualmente P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Cons. online*, n. 1, 2020, pp. 247-248, ed ulteriori rinvii. Invero, il problema si pone, in misura diversa, per tutti gli organi costituzionali e persino per i rapporti tra gli enti territoriali, come ben evidenziato, con riguardo al caso italiano, da R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Cons. online*, n. 3, 2020, p. 525 ss.

presentata, in via cautelare, da alcuni dipendenti del Dipartimento francese dei vigili del fuoco<sup>73</sup>. La decisione non è ancora stata pubblicata e, com'è noto, potrebbe ancora essere contraddetta dalla sentenza. Tuttavia, il fatto che la Corte abbia lasciato che la disciplina in questione continuasse ad essere applicata malgrado l'indubbia levatura dei diritti asseritamente lesi, lascia presagire l'esito negativo del ricorso<sup>74</sup>. Chiari indizi in tal senso si ricavano, del resto, dalle considerazioni fatte dai medesimi Giudici in una seconda pronuncia<sup>75</sup>, emessa solo poche settimane più tardi, nella quale si sottolinea come le leggi francesi sul *passe sanitaire*, in generale, lasciano libera la generalità dei cittadini di scegliere se vaccinarsi o meno, né impongono oneri sostitutivi a coloro che non possano vaccinarsi (p. es. la sottoposizione tampone, come in Israele). Osservazioni, queste, tanto più significative se si considera che nel caso di specie esse figurano *ad abundantiam*, in quanto il ricorso avrebbe, comunque, dovuto essere dichiarato irricevibile<sup>76</sup>. Al momento, nel ruolo della Corte sono iscritti ulteriori ricorsi<sup>77</sup>, sicché resta possibile che già nei prossimi mesi tali enunciazioni di principio siano affinate, con quell'ampiezza motivazionale che è propria delle sentenze di merito<sup>78</sup>.

## 6. Proporzionalità, idoneità e necessità nella giurisprudenza sul *pasaporte Covid* spagnolo.

Diversamente da Italia e Francia, la Spagna ha fatto un uso piuttosto contenuto dello strumento in esame, condizionandovi solo lo svolgimento di attività non essenziali e demandandone, comunque, l'effettiva introduzione al livello regionale<sup>79</sup>. Questa, laddove è avvenuta, non ha reso necessaria alcuna modifica

<sup>73</sup> Ricorso n. 41950/21, *Abgrall and 671 Others v. France*, il cui tenore è stato parzialmente anticipato con nota stampa del 25 agosto 2021, ECHR 243 (2021).

<sup>74</sup> Limitatamente all'asserita lesione del diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU, è anche possibile che la Corte abbia preferito attendere per constatare per quanto tempo i rapporti contrattuali dei ricorrenti resteranno effettivamente sospesi e, quindi, quale sia l'entità del sacrificio loro imposto.

<sup>75</sup> Sent. C.EDU 7 ottobre 2021, ric. 41994/21, *Zambrano*.

<sup>76</sup> Cfr. *ibid.*, § 36, da cui emerge che si trattava di un caso emblematico di abuso del diritto: il ricorrente, un accademico francese, attraverso la Rete incitava i propri *followers* ad adire la Corte di Strasburgo tutti contemporaneamente, col preciso scopo di provocare «l'imbottigliamento, l'ingolfamento, l'inondazione» della stessa e sfruttare, poi, tale posizione di forza per «negoziare» decisioni anti-governative, fino a far «deragliare il sistema». Un'azione di protesta, quindi, se non addirittura di boicottaggio, ben lontana dalla *ratio* di tutela individuale sottesa allo strumento *de quo*.

<sup>77</sup> V. in particolare i ricorsi n. 21881/20, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Svizzera*; n. 29443/20, *Spînu v. Romania*; nn. 41217/20, 41253/20, 41263/20, 41271/20 et 49716/20, *Toromag v. Slovacchia*, ed altri; n. 52104/20, *Associazione di obbedienza ecclesiastica ortodossa v. Grecia*; n. 17578/20, *Magdić v. Croazia*.

<sup>78</sup> Oltre alle sentenze *Zambrano* e *Abgrall*, richiamate nelle note precedenti, cfr. la sent. 5 novembre 2020, ric. 18108/20, *Le Mailloux*, che ha dichiarato irricevibili, per carenza della qualifica di «vittima» in capo al ricorrente, le censure mosse da un cittadino francese alla gestione dell'emergenza da parte del proprio Governo, e la sent. 13 aprile 2021, ric. 49933/20, *Terbeş*, § 43, anch'essa di inammissibilità, vertente sulle misure di c.d. *lockdown* introdotte in Romania, giudicate dalla Corte *ictu oculi* rispettose del diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU).

<sup>79</sup> Sul ruolo chiave rivestito delle *Comunidades autónomas* nella gestione dell'emergenza in Spagna v. J. DE LARA VÁZQUEZ, *La gestione dell'emergenza tra centro e periferia*, in P. CARETTI - M. MORISI - G. TARLI BARBIERI (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, vol. IV, luglio 2021, p. 504 ss., cui cfr., sul versante statale, R. BOSCO, *La normativa emergenziale e la dichiarazione dell'estado de alarma del 14 marzo 2020 per la gestione della crisi sanitaria da Covid-19*, *ibid.*, p. 454 ss., e E. BILARDO, *Il ruolo del Parlamento spagnolo nella gestione della crisi sanitaria*, *ibid.*, p. 461 ss.

del preesistente quadro legislativo. L'art. 3 della legge organica n. 3/1986<sup>80</sup>, infatti, già prevedeva che «al fine di controllare la diffusione di malattie contagiose» le Autorità sanitarie possono adottare atti amministrativi recanti tutte le «misure preventive generali» che ritengano necessarie. Si tratta, è evidente, di una previsione assai ampia, che tuttavia la giurisprudenza tende ad interpretare restrittivamente, vagliando, cioè, in modo rigoroso necessità, proporzionalità e ragionevolezza delle singole misure, allorché esse comportino «limitazioni o restrizioni a diritti fondamentali» e, pertanto, a norma degli artt. 10, co. 8 e 11, co. 1, lett. i) della Legge sulla giustizia amministrativa<sup>81</sup>, necessitano di «autorizzazione o ratifica giurisdizionale»<sup>82</sup>.

Ad oggi, il «*pasaporte Covid*»<sup>83</sup> è stato introdotto soltanto da Cantabria, Andalusia e Galizia, ma i rispettivi Tribunali superiori di giustizia, competenti per territorio, in prima istanza ne hanno negato la convalida, dichiarandone l'illegittimità<sup>84</sup>. Il Governo regionale cantabrico ha, poi, abbandonato l'iniziativa, mentre gli altri due hanno proposto appello dinanzi al Tribunale Supremo. I ricorsi hanno avuto esito speculare, sulla base di argomenti che riproducono, in sostanza, la diversità di orientamenti tuttora esistente in dottrina.

La prima sentenza è stata emessa dalla I Sezione nel mese di agosto e conferma l'illegittimità della normativa andalusa, nella parte in cui essa riserva ai soli titolari di *green pass* europeo l'accesso alle aree coperte dei locali d'intrattenimento musicale. Il Collegio, richiamati i propri precedenti in materia, ritiene che l'Amministrazione non abbia fornito elementi in grado di confutare le valutazioni del Giudice di prime cure, specie in ordine all'inidoneità ed alla non-necessità della misura per la tutela della salute pubblica. I vaccini – si legge, infatti, nel provvedimento – non sono sempre efficaci e, comunque, non impediscono a chi li riceve di trasmettere il virus a terzi; né vi sono prove che i contagi avvengano, anche

---

<sup>80</sup> Pubblicata il 14 aprile 1986 ed intitolata, per l'appunto, «*Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*».

<sup>81</sup> Legge n. 29/1998 del 13 luglio 1998.

<sup>82</sup> In particolare, le disposizioni richiamate nel testo attribuiscono tale competenza, rispettivamente, ai *Tribunales Superiores de Justicia* (e quindi, in secondo grado, al *Tribunal Supremo*) per le misure adottate da enti sub-statali, e all'*Audiencia Nacional* per quelle destinate, invece, ad essere applicate all'intero territorio nazionale. La disciplina trova completamento nei successivi artt. 87-ter e 122-quater, che delineano alcuni profili processuali, e nelle legislazioni delle varie comunità autonome. In mancanza di ratifica o autorizzazione, il provvedimento normativo resta *tamquam non esset*, come recentemente evidenziato anche dalla sent. TS 24 maggio 2021, n. 719.

<sup>83</sup> La formula, che non figura nei testi legislativi, è tuttavia utilizzata da dottrina e giurisprudenza: cfr., rispettivamente, F. PÉREZ DOMÍNGUEZ, *Pasaporte COVID: ¿pasaporte hacia un empleo?*, in *Trab., Pers., Der., Merc.*, n. 2, 2021, p. 255 ss., e la sent. TS 14 settembre 2021, n. 1.112/2021, *passim*.

<sup>84</sup> V. rispettivamente la dec. TSJ Cantabria (Santander) 6 agosto 2021, n. 130, concernente la ris. *Cons. Sanidad* 3 agosto 2021; la dec. TSJ Andalusia (Granada) 6 agosto 2021, n. 405, di mancata ratifica dell'ord. *Cons. Salud y Familias* 5 agosto 2021; la dec. TSX Galizia 20 agosto 2021, che ha negato, anch'essa, la ratifica dell'ord. *Cons. Sanidad* 22 luglio 2021. Quest'ultima pronuncia, peraltro, si colloca all'interno di una vicenda giudiziaria alquanto intricata: in un primo momento, il Governo galiziano aveva ritenuto che la propria ordinanza non necessitasse di convalida giudiziale, ma il successivo 12 agosto il Tribunale, nel rigettare un'istanza di sospensione cautelare proposta avverso il provvedimento, ha precisato che esso, proprio perché mai ratificato né autorizzato, doveva considerarsi di già inefficace. Ciò ha costretto la *Consellería* a ritornare repentinamente sui propri passi, chiedendo la prescritta ratifica tardivamente e ripiegando, nelle more, sull'emanazione di un'ordinanza «*transitoria y provisional*», che riduceva l'uso del *pasaporte* a mera raccomandazione.



solo in prevalenza, all'interno dei locali notturni. Le restrizioni sarebbero, quindi, ingiustamente lesive della sfera giuridica dei cittadini, perché costringerebbero questi ultimi a scegliere tra l'esercizio della propria libertà di autodeterminazione sanitaria, comprensiva del rifiuto di tamponi e vaccini, ed il pieno godimento del proprio diritto all'intangibilità della vita privata (art. 18, co. 1 Cost.), senza alcun apprezzabile beneficio per la salute pubblica<sup>85</sup>.

La seconda sentenza<sup>86</sup>, pronunciata dalla IV Sezione con riguardo alle analoghe prescrizioni del *Consejero de Sanidad* galiziano, è più articolata e, nel merito, perviene ad una conclusione ben diversa<sup>87</sup>. Essa rimarca, anzitutto, che la frequentazione dei locali d'intrattenimento e, in particolare, delle relative aree al chiuso è soltanto uno dei molteplici modi in cui l'individuo può decidere di trascorrere il proprio tempo, motivo per cui il sacrificio imposto dalle nuove norme a chi, sprovvisto di certificato, si veda impedito l'accesso a detti ambienti è minimo<sup>88</sup>. D'altro canto, chiunque voglia sottrarsi a tali limitazioni resta libero di scegliere se far attestare la propria guarigione, vaccinarsi o, infine, sottoporsi a test diagnostico, con la possibilità, in quest'ultimo caso, di non rivelare alcuna informazione sulla propria storia clinica<sup>89</sup>. Secondo il Tribunale, dei tre diritti costituzionali astrattamente suscettibili di essere lesi dalle nuove norme, due, quello a non subire discriminazioni e quello alla riservatezza dei propri dati personali, non sarebbero neppure compressi, mentre quello all'intangibilità della vita privata lo sarebbe in misura trascurabile. In ogni caso, muovendosi dal principio, a suo tempo enunciato dal Tribunale costituzionale, per cui «i diritti fondamentali [...] non sono assoluti né illimitati»<sup>90</sup>, il diritto in questione dovrebbe comunque cedere nel bilanciamento con i diritti alla vita e all'integrità fisica, nonché con la tutela della salute pubblica<sup>91</sup>.

In altri termini, poiché «sopravvivere al Covid-19» è «interesse generale di tutti», non avrebbe senso, per il giudice, prendere in considerazione censure che, se accolte, danneggerebbero anche chi le solleva. Tutt'al più, ci si dovrebbe interrogare sull'idoneità delle misure contestate a preservare i suddetti beni giuridici e sull'assenza di alternative migliori, perché egualmente efficaci ma meno impattanti sul piano delle libertà<sup>92</sup>. Ebbene, il Tribunale ritiene che, sulla base delle attuali evidenze scientifiche, negare l'ingresso ai potenziali infetti rappresenti «l'unica misura efficace possibile»<sup>93</sup> per prevenire i contagi,

---

<sup>85</sup> Sent. TS 18 agosto 2021, n. 1103, p. 3, che riprende adesivamente le considerazioni svolte nella decisione impugnata.

<sup>86</sup> Sent. TS 14 settembre 2021, n. 1112.

<sup>87</sup> Invero, il Collegio effettua un attento *distinguishing* tra il provvedimento sottoposto al suo esame e quello su cui si era pronunciata la I Sezione, evidenziandone i diversi termini di applicabilità cronologica e spaziale, nonché il diverso grado di approfondimento istruttorio preliminare (*ibid.*, pp. 24-25). Tuttavia, nell'economia della motivazione nessuno di tali elementi appare dirimente, sicché il diverso esito del secondo giudizio può senz'altro considerarsi frutto di una diversa considerazione di merito sulle medesime questioni giuridiche.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 15 *ad finem*.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 15, cui cfr. testualmente la sent. TC 8 aprile 1981, n. 11.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 20, in cui figura anche il successivo virgolettato.

<sup>92</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 22 *ad finem*.

atteso che il contesto a cui la norma è destinata a trovare applicazione è caratterizzato da condotte che rendono difficile osservare i protocolli di sicurezza e sono, esse stesse, fonti di pericolo: su una pista da ballo affollata è facile che venga meno il distanziamento fisico; analogamente, cantare o conversare a voce alta incrementa la quantità di *droplets* disperse nell'aria.

Il fatto che anche i vaccinati possono trasmettere il virus sarebbe irrilevante: affinché una norma limitativa di diritti possa essere ratificata – si legge in decisione – non occorre che essa sia «infallibile» nel conseguimento del proprio obiettivo (nel caso di specie, la tutela della salute pubblica), bastando, piuttosto, che essa sia idonea a farlo e non sacrifichi del tutto gli interessi antagonisti<sup>94</sup>.

Invero, entrambe le pronunce prestano il fianco a qualche obiezione. La prima, infatti, nel subordinare il ricorso ai *pass* sanitari alla certezza della loro piena efficacia, finisce per alzare troppo l'asticella per un settore, quello medico-scientifico, nel quale ogni scoperta è graduale e necessita di lunghe osservazioni. La seconda, al contrario, subisce la tentazione di sopravvalutare il dato prettamente scientifico, condizionandovi quasi interamente il proprio giudizio in tema di proporzionalità. Va detto, comunque, che proprio tale sentenza ha inaugurato un filone giurisprudenziale destinato a consolidarsi, come risalta dalle numerose decisioni con cui, a partire già dal mese di settembre, il Tribunale superiore galiziano sembra aver abbandonato la propria iniziale contrarietà, convalidando ulteriori limitazioni ai non possessori di *green pass*, man mano che queste sono state introdotte dalla *Xunta* (divieto di accesso alle residenze per anziani, ai locali notturni, alle strutture ricettive<sup>95</sup>).

## **7. Le critiche dottrinali al nuovo strumento e la perdurante centralità del decisore politico.**

La prima sentenza del Tribunale supremo, poc'anzi esaminata, accoglie alcune delle numerose critiche di cui il nuovo strumento risulta destinatario nell'odierno dibattito dottrinale, non solo in Spagna.

Anzitutto, secondo alcuni Autori le norme sul *green pass* creerebbero il rischio di discriminazioni nei confronti di chi abbia ricevuto vaccini stranieri, la cui efficacia non sia ancora riconosciuta dalle proprie Autorità nazionali. Esse accrescerebbero il divario tra il Nord del mondo, ricco e industrializzato, e quelle ampie fette della popolazione mondiale che, risiedendo in Paesi economicamente svantaggiati, non abbiano concreto accesso ai vaccini, o lo abbiano solo per preparati qualitativamente inferiori, inadatti all'ottenimento delle certificazioni europee<sup>96</sup>. Tuttavia, per quanto contrarie allo spirito di solidarietà che,

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 23, dove si rimarca l'esigenza che ciascun intervento normativo sia, rispettivamente, «efficace» e «proporzionat[o]». Nel caso di specie, l'obbligo (*rectius*, l'onere) di *green pass* era limitato alle sole municipalità col più alto tasso di contagi ed era soggetto a periodica riconsiderazione da parte della Giunta.

<sup>95</sup> V. rispettivamente la sent. 17 settembre 2021, n. 345; le dec. 1° ottobre 2021, n. 106, e 22 ottobre 2021, n. 113; la dec. 8 ottobre 2021, n. 111.

<sup>96</sup> In questo senso, in particolare, i giuristi dell'OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass*, luglio 2021, p. 24, reperibile nel sito dell'associazione [Generazioni Future](#), (contra cfr., però, R. BIN, «*Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del c.d. decreto green pass*».

secondo gli auspici della stessa Assemblea Generale dell'Onu, dovrebbe animare la comunità internazionale nella lotta alla pandemia<sup>97</sup>, e benché contraddittoria rispetto all'obiettivo, propugnato dai Governi, di raggiungere rapidamente un'immunità di gregge globale<sup>98</sup>, è quantomeno dubbio che una simile disparità di *chances* possa avere rilievo sul versante interno (costituzionale) dei singoli ordinamenti. Del pari, sembrano intercettare profili di ordine non tanto giuridico quanto, piuttosto, politico e sociologico le preoccupazioni concernenti il rischio che, da una parte, le restrizioni in ambito giuslavoristico finiscano per incentivare il ricorso al c.d. lavoro nero<sup>99</sup> e, dall'altra, che l'emersione di una nuova minoranza (quella dei cc.dd. *no-green pass*) determini un abbassamento del tasso di coesione sociale<sup>100</sup>.

In questa sede, maggiore interesse riveste la critica incentrata sulla tensione esistente tra le restrizioni imposte a livello nazionale e la *ratio*, eminentemente libertaria, del regolamento n. 2021/953<sup>101</sup>. A tale riguardo, tuttavia, può, anzitutto, richiamarsi l'art. 11 del medesimo atto normativo, laddove esso ammette espressamente l'introduzione di misure ulteriori alla sola esibizione del certificato digitale, purché «necessarie e proporzionate». In secondo luogo, pare condivisibile quanto osservato da attenta dottrina con riferimento al caso italiano, circa la necessità di distinguere tra il *green pass* europeo, volto, per l'appunto, a garantire la libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione, ed i vari *green pass* nazionali, destinati a trovare applicazione solo all'interno dei singoli Stati membri<sup>102</sup>. Verso questa

---

Una replica, in [La Costituzione.info](#), 9 agosto 2021, *passim*). All'interno del panorama dottrinale straniero, v., poi, J. HÄKLI, *COVID-19 Certificates*, cit., p. 367 *in fine*, e ALEMANNO - L. BIALASIEWICZ, *Certifying Health*, cit., p. 281, cui cfr. il concetto di «*passport apartheid*» elaborato da D. KOCHENOV, *Ending the passport apartheid. The alternative to citizenship is no citizenship – a reply*, in *Int'l J. Const. L.*, n. 4, 2020, p. 1525 ss.

<sup>97</sup> Risoluzione n. 74/270 del 2 aprile 2020, intitolata per l'appunto «*Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (COVID-19)*». Sul tema v., anche per ulteriori rinvii, R. WOLFRUM, *Solidarity*, in D. SHELTON (a cura di), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, OUP, Oxford, 2013, p. 401 ss.; P. CAROZZA - L. CREMA, *On Solidarity in International Law*, luglio 2014, reperibile in [www.papers.ssrn.com](http://www.papers.ssrn.com), che ne indagano i legami col pensiero cattolico; I. BADANOVA, *Making Sense of Solidarity in International Law: Input from the Integration of the European Gas Market*, in *Eur. J. Legal Stud.*, n. 2, 2019, p. 108 ss., la quale, tuttavia, avverte che «[d]espite being extensively discussed in the academic literature, solidarity is often viewed with scepticism by international law scholars who consider it undefinable or incapable of affecting international relations» (*ibid.*, p. 106).

<sup>98</sup> Lo evidenzia, ancora, l'OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale*, cit., p. 24, cui cfr. i risultati, piuttosto deludenti, del programma COVAX, che nelle intenzioni dell'OMS avrebbe dovuto assicurare un'equa disponibilità di vaccini anche nei PVS: G. KRIKORIAN - E. TORREELE, *We Cannot Win the Access to Medicines Struggle Using the Same Thinking That Causes the Chronic Access Crisis*, in *Health & Hum. Rts. J.*, n. 1, 2021, pp. 124-125, e A. RUTSCHMAN, *The COVID-19 Vaccine Race: Intellectual Property, Collaboration(s), Nationalism and Misinformation*, in *U. J. L. & Pol'y*, n. 64, 2021, p. 195 ss.

<sup>99</sup> Cfr. B. SPISAK - E. MCNUTY, *Concerns regarding Covid-19 vaccine certificates*, in *Pol. & Life Sci.*, 2021, p. 1, ed ulteriori Autori ivi citati.

<sup>100</sup> OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale*, cit., p. 23.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 11 ss.

<sup>102</sup> In questo senso A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e scelte del Governo*, in *Federalismi*, n. 21, 2021, p. vi, secondo la quale i due strumenti hanno una «sostanza [...] chiaramente differente», e V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in *Dir. fond.*, n. 3, 2021, p. 297, che ritiene il *green pass* interno una «misura solo in parte analoga» a quella elaborata dal legislatore europeo.

direzione convergono, del resto, due elementi: da un lato, la già rilevata estraneità delle politiche sanitarie e, in particolare, epidemiologiche, alla sfera di attribuzioni che è propria dell'Unione europea<sup>103</sup>; dall'altro, la diversa formula linguistica adottata per alludere a ciascuna tipologia di documenti (in Italia, «certificato COVID digitale dell'UE» *vs.* «certificazione verde COVID-19»; in Francia «*certificat COVID numérique de l'UE*» *vs.* «*passé sanitaire*» *etc.*).

Alcuni Autori hanno obiettato che la disciplina sul *green pass* sarebbe affetta da un'intrinseca irragionevolezza, poiché nessuno dei requisiti necessari al rilascio del *green pass* (ivi compreso, da ultimo, quello "rafforzato") esclude in radice la possibilità di un contagio<sup>104</sup>. Tale rilievo, di per sé corretto, sembra trascurare il margine di discrezionalità che – come evidenziato dal *Conseil constitutionnel* – deve pur sempre riconoscersi al decisore politico. In altri termini, se da un canto è vero che l'esigenza di fronteggiare in modo quanto più efficace possibile determinate situazioni di crisi può, talora, indurre il legislatore ad avvalersi del sapere tecnico-scientifico<sup>105</sup>, dall'altro resta il fatto che tale condizionamento dei processi decisionali non può mai essere assoluto, per almeno due ragioni.

La prima è che gli scienziati, oltre a non essere sempre in accordo tra loro, restano comunque estranei al circuito democratico, sicché una classe politica che trasponesse acriticamente nei propri atti normativi i suggerimenti dei Comitati scientifici finirebbe per abdicare, di fatto, al proprio ruolo<sup>106</sup>.

La seconda ragione è che, per quanto grave possa essere una crisi, difficilmente il relativo superamento potrà giustificare l'attrazione di tutte le risorse disponibili; risorse il cui riparto costituisce, per l'appunto, essenza dell'attività di indirizzo politico e corrisponde, sul piano giuridico, al bilanciamento tra i diversi interessi costituzionali. Così, ad esempio, il legislatore francese ha modulato l'obbligo di esibire il *passé*

<sup>103</sup> Cfr. *supra*, § 3, nt. 45.

<sup>104</sup> Cfr. S. MOHAPATRA, *Passports of Privilege*, in *Am. U. L. Rev.*, n. 5, 2021, p. 1735 ss.; A. ALEMANNO - L. BIALASIEWICZ, *Certifying Health*, cit., p. 274, che rimarkano anche la perplessità della stessa comunità scientifica dinanzi alle prime ipotesi di *pass* vaccinale; J. HÄKLI, *COVID-19 Certificates*, cit., p. 368, con particolare riferimento alla possibile comparsa di mutazioni in grado di eludere vaccini e test diagnostici oggi in uso; E. PARIS, *Applying the Proportionality Principle to COVID-19 Certificates*, in *Eur. J. Risk Regul.*, n. 2, 2021, p. 292; I. GOLDNER LANG, *EU COVID-19 Certificates*, cit., p. 301. Nel panorama dottrinale italiano, v. almeno V. BALDINI, *op. cit.*, pp. 298-299, che evidenzia la non perfetta immunità derivante dalla vaccinazione, e, specie con riguardo all'esonero dei soggetti non vaccinabili, anche C. BERTOLINO, "Certificato verde Covid-19", cit., p. 14 ss., che vi ravvisa un *vulnus* generalizzato del principio di uguaglianza formale, *ex art. 3 Cost.* Sul versante giurisprudenziale, cfr. la prima sentenza del *Tribunal Supremo* spagnolo presa in esame *supra*, § 6.

<sup>105</sup> In generale, sul rapporto fra diritto e scienza si rinvia all'ampia trattazione di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>106</sup> Cfr. la «delega» di potere decisionale alla «comunità medico-scientifica» paventata da R. BIANCHINI, *Il costituzionalismo e il paradosso di una ierocrazia medica*, in *P.A.*, n. 2, 2020, p. 483 ss., cui cfr. analogamente C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da COVID-19*, *ibid.*, pp. 275-276, che segnala il pericolo di una «deresponsabilizzazione» del Giudice chiamato a valutare la legittimità di decisioni politiche o amministrative (asseritamente) fondate su valutazioni scientifiche. Più in generale, sul rapporto tra scienza, politica e diritto v., anche per i ricchi rinvii dottrinali, R. DAGOSTINO, *Emergenza, pandemia, crisi del sapere e funzioni pubbliche necessitate: i diritti fondamentali scientificamente condizionali al tempo del Covid-19*, *ibid.*, p. 405 ss., e C. CASONATO, *La scienza*, cit., p. 2 ss.; in letteratura, E. LELLO, *Populismo anti-scientifico o nodi irrisolti della biomedicina?*, in *Rass. it. sociol.*, n. 3, 2020, p. 490.

*sanitaire* all'ingresso degli edifici di culto a seconda della levatura costituzionale delle attività che in quel momento vi si svolgono, privilegiandone alcune (quelle propriamente religiose) rispetto ad altre (ricreative, culturali)<sup>107</sup>. Analogamente, la Giunta galiziana non ha imposto il *pasaporte Covid* a convitti universitari e alberghi, mentre lo ha fatto per le RSA, in considerazione della maggiore vulnerabilità dei relativi utenti<sup>108</sup>. Ed ancora, in Italia la certificazione verde è stata “rafforzata” per i contesti ricreativi (stadi, ristoranti, teatri, cinema, palestre), mentre per scongiurare la sospensione del rapporto di lavoro – ove non sia previsto un obbligo di vaccinazione espresso – resta, sufficiente la versione “base”<sup>109</sup>.

In questa prospettiva, la circostanza che l'utilizzo dei *green pass* non elimini del tutto il rischio di contagi non è indice di irragionevolezza, bensì esprime la volontà, da parte del legislatore, di trovare un certo equilibrio tra la tutela della salute pubblica e quella di altri beni giuridici, come la libertà di circolazione e quella di iniziativa economica. Invero, ciò pare financo apprezzabile, stante l'inopportunità che, al di fuori di specifici frangenti, propriamente emergenziali<sup>110</sup>, un qualsiasi diritto, anche se di primario rilievo come quello alla salute, si espanda indefinitamente, sino a divenire «tiranno»<sup>111</sup>. Com'è stato lucidamente osservato in dottrina, l'implementazione di un modello di gestione della pandemia come quello cinese, massimamente coerente con sé stesso perché rivolto all'obiettivo di «salvare tutti», seppur astrattamente possibile, nella pratica richiederebbe misure severissime (*lockdown*, confinamenti *etc.*), risolvendosi in «una vera e propria dittatura»<sup>112</sup>.

Tali considerazioni consentono di superare, *mutatis mutandis*, anche le perplessità di chi si è, invece, interrogato sulla stessa necessità di ricorrere ai *green pass*, stante la possibilità di contrastare i contagi con accorgimenti diversi, come l'impiego di dispositivi di protezione individuali o il mantenimento della c.d. distanza di sicurezza<sup>113</sup>. Di nuovo, la risposta sembra rinvenibile nel concetto di discrezionalità politica, atteso che le alternative appena menzionate, se da un canto sono meno incisive sulle libertà individuali, dall'altro risultano anche meno efficaci dal punto di vista epidemiologico.

Infine, parte della dottrina ha lamentato discriminazioni nel godimento delle libertà di circolazione, riunione e iniziativa economica, fino a prospettare un parallelismo con l'istituto della segregazione

<sup>107</sup> V. in dettaglio *supra*, § 4, *ad finem*.

<sup>108</sup> V. *supra*, § 6 *in fine*.

<sup>109</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>110</sup> Si pensi al brusco aumento delle ospedalizzazioni, spesso con esito infausto, che caratterizzò la c.d. prima ondata di Covid-19, in parallelo alla carenza di posti letto, personale e presidi sanitari, rendendo, così, indispensabile l'applicazione di una misura assai drastica quale il confinamento domestico.

<sup>111</sup> Cfr. testualmente la sent. C. cost. 9 aprile 2013, n. 85, § 9, la quale, peraltro, usa una terminologia risalente a C. SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori* (trad.), Adelphi, Milano, 2008 (1967), come segnalato da M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2013, p. 10, disponibile nel sito della [Corte costituzionale](#).

<sup>112</sup> G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi*, marzo 2020, p. 13.

<sup>113</sup> Cfr. E. PARIS, *Applying the Proportionality Principle*, cit., p. 294.



razziale<sup>114</sup>, oppure vi ha ravvisato uno schema di tipo autorizzatorio che, in quanto riferito al godimento di libertà fondamentali, sarebbe incompatibile con i principi dello Stato di diritto<sup>115</sup>.

A ben vedere, tuttavia, le norme in esame non sembrano impedire l'esercizio dei summenzionati diritti a chi è sprovvisto di *pass*, bensì condizionano le concrete modalità in cui esso può avvenire<sup>116</sup>, affinché non risulti pericoloso per la salute umana. Inoltre, mentre la condivisione di determinati spazi con soggetti di pelle nera – per riprendere l'esempio della segregazione – non genera alcun rischio, quella con persone potenzialmente infette espone tutti i presenti al contagio. La pretesa, da parte dello Stato, di scongiurare tale evenienza non può, pertanto, considerarsi irragionevole e, per tal via, incostituzionale<sup>117</sup>, esattamente come non lo è – pacificamente – la verifica delle abilità di chi intenda porsi alla guida di certi veicoli<sup>118</sup>, svolgere determinate professioni *etc.*

## 8. Il *green pass* come strumento per l'introduzione di un obbligo vaccinale indiretto.

Ogni considerazione in merito alla legittimità, o meno, delle norme sul *green pass* rischia di risultare incompleta se non si tiene conto del fatto che, nella prospettiva dei singoli legislatori nazionali, esse si collocano all'interno di un preciso disegno politico, nel quale lo strumento ultimo per preservare la salute pubblica è, in realtà, un altro: la vaccinazione di massa. A ben vedere, infatti, per la loro incisività ed ampiezza esse finiscono per rendere la sottoposizione al vaccino anti SARS-CoV-2 sostanzialmente (anche se non formalmente) obbligatoria<sup>119</sup>. Del resto, com'è stato autorevolmente osservato proprio con

---

<sup>114</sup> L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare*, cit., p. 498. «Evidenti discriminazioni» sono ravvisate anche da V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 298.

<sup>115</sup> Cfr. V. BALDINI, *op. cit.*, p. 299, ed il principio espresso già dalla sent. C. cost. 5 giugno 1956, n. 1, XV cpv.

<sup>116</sup> Cfr. A. POGGI, *Green pass*, cit., p. vii. Per un'attenta disamina dei diritti costituzionali incisi dalle norme sul *green pass* v. L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata (Federalismi, maggio 2020)*, p. 13 ss.

<sup>117</sup> Cfr. la [nota](#) pubblicata il 9 agosto 2021 dall'associazione GIURISTI DEMOCRATICI, che richiama il consolidato orientamento della Corte costituzionale italiana secondo il quale la conformità al principio di uguaglianza è assicurata allorché le diversità di trattamento giuridico corrispondano alla diversa condizione di coloro che ne sono destinatari. Per approfondimenti, v. per tutti F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2017, p. 3 ss., ed ulteriori rinvii.

<sup>118</sup> Di questa opinione S. CASSESE, in un'intervista a *Il Messaggero* del 14 agosto 2021 («*Green pass come la patente, è l'unico modo di ripartire*»: ecco la tesi del giurista Cassese, ed. online), cui cfr. tuttavia le perplessità di A. VITALE, *Del green pass, delle reazioni avverse ai vaccini e di altre cianfrusaglie pandemiche come problemi biogiuridici: elementi per una riflessione*, in *Giustizia Insieme*, settembre 2021, p. 7. Analogamente, e condivisibilmente, G. AZZARITI, *Vaccino e green pass, impariamo a leggere la Costituzione*, in *Il Manifesto*, 28 luglio 2021, ed. online, argomenta la legittimità dei sacrifici imposti ai soggetti privi di certificazione rimarcando che «non si può esercitare un proprio diritto di libertà a scapito di quello di tutti gli altri».

<sup>119</sup> Cfr., nel quadro di considerazioni complessivamente critiche, anche V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 300; OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale*, cit., p. 13; L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare, ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo per incentivare la vaccinazione anti COVID-19 (cd. green pass)*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, n. 3, 2021, p. 494 ss. Nel medesimo ordine di idee, sembra, anche A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2021, p. 432, e M. SIMONELLI, *I vaccini, il Green pass e l'egoismo dei diritti fondamentali*, in *LaCostituzione.info*, 30 luglio 2021, p. 2, cui *adde* già l'opinione di G. CERRINA FERONI, *Vaccino obbligatorio: «Raccomandare è giusto, ma imporre va contro i diritti»*, in *Il Dubbio*, 1° gennaio 2021 ([www.ildubbio.news](http://www.ildubbio.news)).

riferimento al tema di queste riflessioni, «in alcuni casi il margine di distinzione tra obbligo ed onere [è] davvero molto sottile e quasi inesistente»<sup>120</sup>.

Si tratta di un profilo cruciale, su cui pare opportuno soffermarsi.

Invero, la possibilità che un certo trattamento vaccinale si configuri come obbligatorio solo in via indiretta non è affatto nuova in dottrina, essendo già stata affermata, ad esempio, riguardo all'esclusione degli studenti non vaccinati dalle scuole statunitensi e da quelle di alcune Comunità autonome spagnole<sup>121</sup>. Nel caso di specie, poi, essa trova conforto in molteplici indizi.

Anzitutto, il vaccino contro il SARS-CoV-2 è l'unico, tra quelli meramente “raccomandati”, il cui rifiuto comporti al cittadino conseguenze, in termini ora economici, ora, addirittura, di minor qualità della vita. Come si è ampiamente rilevato, a parte un ristretto numero di individui, in grado di dimostrare la propria recente guarigione, la mancata immunizzazione al Covid preclude, di norma, una lunga serie di attività quotidiane, direttamente connesse col benessere e l'autorealizzazione personale (frequenza di ristoranti, palestre, musei, teatri, università...) e, talora, determina anche la perdita di intere mensilità di stipendio. Per contro, la sottoposizione a tamponi, anche in quei Paesi che, non avendo introdotto versioni di *green pass* “rafforzate”, la contemplanano ancora come una valida alternativa, già nel medio termine si rivela, in realtà, poco praticabile. Essa, infatti, è alquanto onerosa sia sotto il profilo psicologico ed organizzativo (si pensi alle snervanti code mattutine davanti alle farmacie), sia sotto quello patrimoniale<sup>122</sup>. Ciò è tanto più vero se si considera che, proprio in concomitanza con l'entrata a regime dei *pass*, alcuni Paesi, come Francia, Germania e Italia<sup>123</sup>, hanno imposto un *ticket* sui tamponi effettuati dal servizio sanitario ai non vaccinati, qualora tale condizione non derivi da specifiche controindicazioni mediche. Si tratta di scelte regolatorie meno estreme di quella operata dal Governo singaporiano, di addossare ai cc.dd. no-vax

<sup>120</sup> R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Quest. Giust.*, settembre 2021, p. 10.

<sup>121</sup> Cfr. M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *DPCE*, n. 2, 2017, p. 463 ss. (che pure preferisce scrivere testualmente di «sanzioni» o «politiche» indirette), e C. GUERRERO PICÓ, *Spagna*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *La disciplina degli obblighi di vaccinazione*, 2017, p. 60 (reperibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), al quale ultimo si rinvia anche per un accenno alla posizione del Comitato spagnolo di bioetica e ad alcune decisioni giurisprudenziali. In prospettiva più ampia v. anche S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2018, p. 48, e cfr., a contrario, S. PASETTO, *Regno Unito*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 42, oltre ai riferimenti dottrinali contenuti nella nota precedente.

<sup>122</sup> Cfr. puntualmente V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 300, che peraltro riporta le dichiarazioni di un membro del Governo italiano. Nello stesso senso L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare*, cit., p. 499, adduce, altresì, il pericolo che la frequente sottoposizione a tamponi si riveli, essa stessa, nociva per la salute.

<sup>123</sup> V., con decorrenza dall'11 e dal 15 ottobre, i decreti dei Ministri della Sanità di Germania e Francia, emanati rispettivamente il 21 settembre 2021 e il 14 ottobre 2021. Significativa la [dichiarazione](#) rilasciata, a questo proposito, dal Primo ministro francese, secondo il quale «il n'est plus légitime de payer des tests de confort à outrance aux frais des contribuables» e la *ratio* sottesa alla novella è senz'altro «continuer à inciter à se faire vacciner» (pubbl. 26 settembre 2021). Per quanto riguarda l'Italia, ferma restando l'applicazione del calmier per la vendita in farmacia, fissato a livello nazionale dall'art. 5 d.l. n. 105/2021, cit., merita di essere segnalato già l'art. 3 ord. Reg. Sicilia 13 agosto 2021, n. 84, secondo il quale il «tampone molecolare» è sempre a carico del richiedente, mentre quelli rapidi lo sono, per l'appunto, solo «nel caso di soggetti non vaccinati».

l'intero costo delle rispettive terapie<sup>124</sup>, ma che lasciano parimenti trasparire la volontà di penalizzare i (soli) non vaccinati, preservando, al contempo, coloro nei cui confronti la “spinta” alla vaccinazione sarebbe inutile, perché già accolta o, comunque, inaccoglibile. Lo stesso può dirsi per l'esenzione integrale dei non vaccinabili da tutte le norme in questione (ove prevista).

Inoltre, con specifico riferimento alla Francia e, soprattutto, all'Italia, se si conviene con quanto appena rilevato circa la difficoltà di prolungare la durata del *green pass* con frequente sottoposizione a tamponi, risalta l'esistenza di una certa analogia tra le conseguenze della mancata inoculazione per la generalità dei cittadini e quelle del rifiuto opposto da determinate categorie di lavoratori (*in primis*, i sanitari). In entrambi i casi, infatti, scatta l'impossibilità di svolgere prestazioni lavorative, laddove la perdita dei potenziali ricavi, che ne consegue, è, a sua volta, accostabile alle sanzioni riservate a coloro che omettano di far somministrare ai figli minori determinati vaccini, i quali figurano, per l'appunto, obbligatori<sup>125</sup>.

Potrebbe, forse, obiettarsi che i suddetti strumenti di pressione psicologica non abbiano carattere propriamente coercitivo, bensì costituiscano meri “incentivi” (cd. *nudges*)<sup>126</sup>, e pertanto riproducano uno schema che è tipico, invece, di Paesi come Germania, Spagna e Regno Unito, le cui politiche di prevenzione sanitaria si considerano tradizionalmente basate sulla facoltatività<sup>127</sup>. Senonché, uno dei capisaldi della teoria dei *nudges* è che essi, per definizione, non possono mai oltrepassare la soglia della «spinta gentile» e sono volti a «tutela[re] ed accresce[re]» la «libertà di scelta» dei consociati. Inoltre, eventuali interventi legislativi tendenti ad influenzare i processi decisionali dei cittadini in senso, per così

<sup>124</sup> V. *Calibrated adjustments in stabilisation phase*, § 15, nota del [Ministero della Salute](#) dell'8 novembre 2021. Soluzioni di questo tipo, benché di assai dubbia costituzionalità, sono state effettivamente dibattute in Italia e Stati Uniti, come criticamente riportato da A. VITALE, *Del green pass*, cit., p. 11 ss.

<sup>125</sup> V., per l'Italia, l'art. 1 del decreto legge 7 giugno 2017, n. 73 (conv. legge 31 luglio 2017, n. 119), su cui v., oltre ai numerosi commenti raccolti da A. MORELLI (a cura di), *Forum – Vaccini obbligatori: questioni aperte*, in *BioLaw J.*, n. 2, 2017, p. 15 ss.; D. CODUTI, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di Stato e di forma di governo*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2018, p. 6 ss.; e, più di recente, C. MUGELLI, *È possibile un 'accomodamento ragionevole' tra scienza e diritto? Riflessioni alla luce del d.l. n. 73 del 2017*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2, 2020, p. 734 ss. Riguardo alla Francia, v. gli artt. L3111-1 ss. e D3111-6 ss. CSP, come da ultimo modificati, rispettivamente, dalla legge n. 2017-1836 del 30 dicembre 2017 e dal decreto n. 2018-42 del 25 gennaio 2018. In dottrina v., anche con riferimento alla recente sent. *Cons. État* 6 maggio 2019, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, n. 419242, C.-E. HAFIZ, *Le Conseil d'État valide l'extension de l'obligation vaccinale*, in *Droit, Déontologie & Soins*, n. 3, 2019, p. 277 ss. In prospettiva comparata cfr., infine, A. PALMIERI, *Le régimes juridiques obligatoires en France et en Italie*, 20 ottobre 2020, in [MBDE](#), Università Paris Nanterre.

<sup>126</sup> Sul tema v. il noto saggio di R. THALER - C. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità* (trad.), Feltrinelli, Milano, 2011<sup>11</sup> (2008), pp. 11-12. Più di recente, sul medesimo tema si segnalano i numerosi contributi raccolti da A. ALEMANNO - A. SIBONY (a cura di), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Bloomsbury, New Haven - Londra, 2015, cui *adde* ampiamente, nel quadro del rinnovato interesse che l'argomento sta registrando anche in altre discipline, C. ALVES DA ROCHA - M. HUNZIKER, *A Behavior-Analytic View on Nudges: Individual, Technique, and Ethics*, in *Behav. & Soc. Issues*, n. 29, 2020, p. 139 ss.; M. PERINI - M. MOTTERLINI, *Per un'epistemologia dei nudge: dall'evidenza alla causalità*, in *Sistemi intelligenti*, ottobre 2021, p. 1 ss.; R. VIALE - L. MACCHI (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2021, *passim*, ed ulteriori rinvii.

<sup>127</sup> Per un quadro d'insieme sulle politiche vaccinali di tali Paesi v. M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica*, cit., p. 459 ss., mentre sul relativo impiego di meccanismi incentivanti (non coercitivi) v. W. EPSTEIN, *Nudging Patient Decision-Making*, in *Wash. L. Rev.*, n. 3, 2017, p. 1292 ss. Cfr., inoltre, L. RAMPÀ, *Autodeterminazione e coercizione nella legislazione sulle vaccinazioni. Un approccio non giuridico*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2018, p. 941 ss., e S. PENASA, *Obblighi vaccinali*, cit., p. 75.

dire, virtuoso sarebbero ammissibili e, anzi, auspicabili, solo a condizione che non si spingano a rendere determinate opzioni «eccessivamente onerose», ovvero non ne «modific[hi]no in misura significativa gli incentivi economici»<sup>128</sup>. La divergenza tra questo paradigma e la normativa in esame appare evidente.

La lettura che qui si propone, riconoscendo nelle restrizioni previste per chi sia sguarnito di *green pass* una funzione sostanzialmente sanzionatoria in rapporto all'omessa vaccinazione<sup>129</sup>, induce ad interrogarsi sulle condizioni alle quali l'imposizione di un trattamento sanitario sia compatibile con le garanzie del moderno costituzionalismo e di verificare se esse siano soddisfatte nel caso degli odierni vaccini anti SARS-CoV-2.

## 9. La campagna di vaccinazione anti SARS-CoV-2 nel quadro delle attuali tendenze legislative e giurisprudenziali.

Com'è noto, in prospettiva comparata la compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria dei cittadini, specie in ambito vaccinale, non rappresenta una novità. A parte i casi, ancora isolati, in cui la somministrazione del vaccino contro il Covid è già formalmente obbligatoria<sup>130</sup>, essa è, infatti, contemplata persino in quegli ordinamenti che, pure, tendono a prediligere approcci diversi. Nel Regno Unito, ad esempio, dove la diffusa insofferenza per le imposizioni contenute nel *Vaccination Act 1853* ne ha condotto all'abrogazione già nel 1946<sup>131</sup>, la profilassi dei minori è assicurata dalla prassi dei *care orders*, che le Corti sono solite emanare su richiesta di qualunque interessato, nonostante l'eventuale dissenso dei genitori<sup>132</sup>. Analogamente, nel 2010 il Tribunale amministrativo di Granada ha accolto la richiesta, avanzata dalla locale Autorità sanitaria, di vaccinare coattivamente trenta bambini contro il morbillo, allo scopo di debellare un focolaio appena esploso in città<sup>133</sup>.

Inoltre, il progressivo calo delle immunizzazioni ha condotto diversi Governi a ripensare il proprio approccio in senso, per così dire, rigorista. In Italia e in Francia, la cui obbligatorietà era da tempo soltanto nominale, sono state re-introdotte sanzioni per assicurare la copertura degli individui in età scolare<sup>134</sup>. La Germania, dopo aver sperimentato una grave epidemia di morbillo tra il 2013 e il 2015, ha reso

---

<sup>128</sup> In questi termini già R. THALER - C. SUNSTEIN, *La spinta gentile*, cit., pp. 11-12.

<sup>129</sup> Cfr. testualmente, con riferimento al summenzionato art. 9-ter d.l. 52/2021, R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione*, cit., p. 11, e, più in generale, L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare*, cit., p. 500.

<sup>130</sup> Si tratta dell'Indonesia (a decorrere dal 1° febbraio 2021), degli Stati federati di Micronesia e del Turkmenistan (entrambi da luglio 2021), nonché, limitatamente agli ultrasessantenni, della Grecia (dal 16 gennaio 2022). Analoghe misure sono tuttora in discussione in Austria, dove dovrebbero entrare in vigore a partire dal mese di febbraio.

<sup>131</sup> Sull'evoluzione delle politiche vaccinali nel Regno Unito v. in dettaglio E. CECCHERINI - S. RODRIQUEZ, *Politiche vaccinali, sanzioni ed esenzioni. Riflessioni di diritto comparato*, in DPCE, n. 4, 2019, p. 1195 ss.

<sup>132</sup> Cfr., specie per i cospicui rinvii giurisprudenziali, R. GEORGE, *Parental responsibility, vaccination, and the role of the court*, in *L. Q. Rev.*, 2020, p. 559 ss.

<sup>133</sup> Sent. Trib. amm. Granada 24 novembre 2010, n. 5, poi confermata dalla sent. TSJ Andalusia (Granada) 22 luglio 2013, n. 2293.

<sup>134</sup> Per puntuali riferimenti normativi e dottrinali v. *supra*, § 8, nt. 125.

obbligatoria la relativa vaccinazione, a partire dal marzo 2020, per gli studenti e per alcune figure professionali. Negli Usa, dove la disciplina della materia è rimessa ai singoli Stati, sin dal 2015 si è assistito ad una riduzione e, in qualche caso, persino alla totale abolizione delle cc.dd. *non-medical exemptions*, originariamente previste per motivi religiosi e filosofici, che per molti anni avevano impedito, di fatto, il raggiungimento di coperture adeguate<sup>135</sup>. Ed ancora, qualcosa di simile è avvenuto, stavolta a livello federale, in Australia, attraverso una drastica revisione dei requisiti di accesso ai *benefit* fiscali tradizionalmente riservati alle famiglie<sup>136</sup>.

Più di una volta le suddette previsioni sono state portate al vaglio dei rispettivi Giudici costituzionali, favorendo l'emersione di orientamenti che, riguardati nel loro complesso, presentano un sorprendente grado di omogeneità. A questo proposito, di particolare interesse appare la sentenza n. 307/1990 della Corte costituzionale italiana<sup>137</sup>, che più di altre, del resto, ha avuto occasione di pronunciarsi sul tema<sup>138</sup>. Essa subordina la costituzionalità degli interventi normativi che dispongano l'obbligatorietà di determinati trattamenti sanitari (nel caso di specie, il vaccino antipoliomielitico) al rispetto di alcuni requisiti.

Anzitutto, è indispensabile che il trattamento «non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato», ferma restando la tollerabilità di eventuali effetti collaterali qualora siano di modeste entità e durata<sup>139</sup>. In quest'ottica, le risultanze degli studi clinici comprovanti l'innocuità di un certo preparato vaccinale non sarebbero, da soli, sufficienti, dovendosi pur sempre verificare l'assenza di contro-indicazioni in ciascun caso concreto. In questo senso si è orientata anche la Corte costituzionale ungherese allorché, nel 2007, ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge che non consentiva ai genitori di impugnare utilmente gli ordini di vaccinazione dei figli minori, nonostante eventuali rischi per la loro

---

<sup>135</sup> Un quadro costantemente aggiornato delle diverse legislazioni in materia all'interno della federazione è disponibile nel sito Internet istituzionale della [National Conference of States Legislatures](#). In dottrina, la tendenza segnalata nel testo è giudicata in senso decisamente favorevole da E. TOMSICK, *The Public Health Demand for Revoking Non-Medical Exemptions to Compulsory Vaccination Statutes*, in *J. L. & Health*, n. 1, 2020, p. 134 ss.

<sup>136</sup> Si tratta dell'iniziativa nota come “No Jab No Pay”, che in alcuni Stati della federazione si affianca al divieto di frequentare gli asili nido e le scuole materne per tutti i bambini non vaccinati (c.d. “No Jab No Play” policy). Sulla relativa efficacia v., da ultimo, T. CORDINGLEY - M. WILSON - K. WESTON, *The success of Australia's 'No Jab, No Pay' policy at a local level; retrospective clinical audit of a single medical practice assessing incidence of catch-up vaccinations*, in *Health Soc. Care Community*, maggio 2021, p. 2 ss.

<sup>137</sup> Sent. 14 giugno 1990, n. 307, annotata da F. GIARDINA, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e “responsabilità” dello Stato*, in *Giur. cost.*, n. 6, 1990, p. 1880 ss.; G. PONZANELLI, «Equo ristoro» e danni da vaccinazione antipolio, in *Foro it.*, 1991, pt. I, p. 1239 ss.; M. GUASCHINO, *Limitazioni alla libertà individuale e tutela della salute nella disciplina delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Quadrim.*, n. 1, 1992, p. 207 ss.

<sup>138</sup> Un'accurata ricostruzione delle pronunce in materia è operata da F. MINNI - A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2013, p. 3 ss., e L. SCAFFARDI - G. FORMICI, *Vaccini obbligatori e ruolo del diritto. Un tentativo di (ri)composizione della materia partendo dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *BioLaw J.*, n. 1, 2020, p. 396 ss.

<sup>139</sup> Sent. C. cost. n. 307/1990, cit., § 2, IV cpv.



salute<sup>140</sup>. Analogamente, nel 2015 il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che gli articoli del *Code de la santé publique* sulle vaccinazioni pediatriche obbligatorie fossero conformi a Costituzione solo in quanto prevedessero una «réserve d'une contre-indication médicale»<sup>141</sup>. Nel medesimo ordine d'idee è sembrata muoversi, infine, la Corte costituzionale slovena, ammettendo la compatibilità dell'obbligo vaccinale col diritto costituzionale alla salute (art. 51 Cost.) sulla base di un preciso calcolo costi-benefici, basato sulla comparazione tra la probabilità che il paziente sia esposto a contagio ed il rischio che l'inoculazione abbia effetti collaterali significativi<sup>142</sup>.

In secondo luogo, si richiede che il trattamento sia idoneo a migliorare la salute del paziente, ovvero a prevenirne un peggioramento<sup>143</sup>. Tale principio, che può forse considerarsi scontato, è in realtà significativo sul piano sistematico, perché ribadisce la centralità dell'individuo e l'impossibilità di ridurlo a semplice "strumento" per il perseguimento dell'interesse collettivo; ovvero, per richiamare la costante giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, l'impossibilità di ledere il suo diritto fondamentale alla «dignità»<sup>144</sup>. È proprio alla luce di esso, comunque, che la Corte costituzionale colombiana ha, dapprima, inquadrato l'accesso ai vaccini come diritto fondamentale e, più di recente, in un *obiter dictum* si è spinta ad avallare eventuali ipotesi di obbligatorietà<sup>145</sup>.

Il terzo requisito è l'idoneità del trattamento a proteggere la «salute degli altri»<sup>146</sup>. Nell'ordinamento italiano, essa si riconnette al dovere di solidarietà sociale, puntualmente sancito dall'art. 2 Cost.<sup>147</sup>, ma si

<sup>140</sup> Sent. n. 39/2007 (VI.20) AB del 19 giugno 2007, su cui v. meglio S. PENASA, *Obblighi vaccinali*, cit., p. 56.

<sup>141</sup> Dec. *Cons. const.* n. 2015-458 QPC del 20 marzo 2015, su cui v., in un quadro più ampio, PH. MARIN, *La vaccination en France. De la politique vaccinale à la QPC «obligation de vaccination» du Conseil constitutionnel du 20 mars 2015*, in *Cab. fonct. publ. adm.*, n. 353, 2015, p. 87 ss., e H. DAÏMALLAH, *L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel*, in *Constitutions*, n. 2, 2015, p. 267 ss.

<sup>142</sup> V. la sent. UI-127/ 01-27, del 12 febbraio 2004, che peraltro si pone in linea con una risalente pronuncia della Corte suprema di Bosnia-Erzegovina (n. Gž 819/78, del 22 settembre 1978), riprese entrambe da S. PENASA, *Obblighi vaccinali*, cit., p. 65.

<sup>143</sup> Sent. C. cost. n. 307/1990, cit., § 2, III cpv.

<sup>144</sup> V. già la sent. BVerfG 8 gennaio 1959 (1 BvR 396/55) e, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, L. HEUSCHLING, *La dignité de l'être humain dans la jurisprudence constitutionnelle allemande*, in L. BURGOUE-LARSEN (a cura di), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 139-140, e J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in F. FERNÁNDEZ SEGADO (a cura di), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 310 ss. Per tal via, risultano fugati, sembra, anche eventuali dubbi concernenti la compatibilità delle norme *de quibus* con l'art. 32, comma 2 della Costituzione italiana, laddove esso stabilisce che la legge, anche quando introduce trattamenti sanitari obbligatori, «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

<sup>145</sup> V. rispettivamente la sent. T-140800 del 20 maggio 1998, sul mancato accesso dei minori socialmente svantaggiati alla vaccinazione anti-meningococco, e la sent. T-365/17 del 2 giugno 2017, che pure, nel caso di specie, ha escluso l'obbligatorietà del vaccino anti-HPV, stante il carattere equivoco della formula legislativa.

<sup>146</sup> Sent. C. cost. n. 307/1990, cit., § 2, III cpv., che riprende la tesi, anticipata già da B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, n. 1/1983, p. 31, secondo cui è solo la tutela dell'interesse pubblico a poter giustificare la compressione del diritto di autodeterminazione sanitaria dell'individuo.

<sup>147</sup> Cfr. puntualmente A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond.*, n. 2, 2021, p. 173. Sul versante giurisprudenziale v. di recente la sent. C. cost. 22 novembre 2017, n. 268, § 4, e la sent. C. cost. 26 maggio 2020, n. 118, § 3.4, dove si evidenzia che il principio solidaristico esige che il danneggiato sia indennizzato per eventuali eventi avversi anche quando la vaccinazione sia soltanto "consigliata" (come, per l'appunto, nel caso del

ritrova anche nella consolidata giurisprudenza della Corte suprema statunitense, la quale, pur in presenza di una Costituzione di stampo eminentemente liberale, sin dal noto caso *Jacobson v. Massachusetts* (1905) riconosce al Governo federale l'obbligo di impedire «ai desideri o alla convenienza di pochi» (cioè, di chi non si vaccini per propria scelta) di prevaricare «gli interessi di molti»<sup>148</sup>.

Infine, deve richiamarsi il diffuso orientamento<sup>149</sup>, più volte rimarcato anche dalla Corte di Strasburgo<sup>150</sup>, secondo cui le limitazioni alla libertà di autodeterminazione sanitaria debbono essere proporzionate e necessarie allo scopo perseguito.

Ebbene, nel caso dei vaccini contro il virus SARS-CoV-2, che qui interessa, e quantomeno con riferimento ai Paesi europei, le condizioni appena richiamate possono dirsi soddisfatte. È vero, infatti, che i preparati oggi in commercio non sono stati ancora oggetto di lunga osservazione e che, a livello eurounitario, la relativa autorizzazione ha carattere ancora formalmente «condizionato». Tuttavia, come recentemente ribadito, in Italia, anche dal Consiglio di Stato<sup>151</sup>, essi sono in linea con gli standard di sicurezza ed efficacia condivisi dalla comunità scientifica internazionale. Per contro, subordinare l'obbligatorietà alla maturazione di una «certezza assoluta [...] circa la sicurezza dei vaccini anche nel lungo periodo», oltre a tradursi, nelle more, in un'assurda «libertà di contagiare gli altri», imporrebbe di attendere un tempo «irragionevolmente lunghissimo e, potenzialmente, indefinito, per tutte le possibili sperimentazioni cliniche necessarie a scongiurare il rischio, anche remoto (o immaginabile e persino immaginario) di tutti i possibili eventi avversi». Tempo nel quale – rimarkano, ancora, i Giudici – la

---

Covid-19). Per un commento, si rinvia a L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2018, p. 375 ss., e D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo*, in *Riv. AIC*, n. 1, 2021, p. 234 ss.

<sup>148</sup> 197 U.S. 11 (1905), p. 30, il cui orientamento è stato, poi, ribadito nel caso *Zucht v. King*, 260 U.S. 174 (1922) e, più di recente, anche dalla Corte distrettuale del *Southern California* in *Whitlow v. California*, case n. 16-cv-1715 DMS (BGS), del 5 luglio 2016. In dottrina v. M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica*, cit., p. 463 ss., cui cfr., per interessanti riferimenti all'applicazione dello *Jacobson standard* nel frangente odierno, J. ROBERT JR., *Revisiting Jacobson v. Massachusetts: The COVID Cases*, in *Creighton L. Rev.*, n. 4, 2021, p. 569 ss., e, più in generale, AA.VV., *L'obbligo vaccinale di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73 L'interesse della collettività quale limite alla dimensione individualistica del diritto alla tutela della salute*, in *Rass. Avv. St.*, n. 1, 2018, p. 218 ss.

<sup>149</sup> Cfr. le numerose decisioni richiamate da S. PENASA, *Obblighi vaccinali*, p. 65 ss.

<sup>150</sup> V. da ultimo la sent. C.EDU (GC) 8 aprile 2021, § 290 ss., ric. 47621/13 et al., *Vavříčka*, anche nei commenti di M. TOMASI, *Le vaccinazioni pediatriche obbligatorie di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*, n. 5, 2021, p. 1206 ss.; M. L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in *Oss. cost.*, n. 3, 2021, p. 272 ss.; G. GOTTI, *La necessità in una società democratica degli obblighi vaccinali per i minori (nota a margine della sentenza della Corte EDU Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, *ibid.*, n. 4, 2021, p. 357 ss. Per un quadro d'insieme sulla giurisprudenza di Strasburgo in tema di obblighi vaccinali v., inoltre, C. D'ORAZI, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il Covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2021, p. 20.

<sup>151</sup> V. puntualmente la sent. 20 ottobre 2021, n. 7045, annotata da A. CAUDURO, *Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata e vaccinazione Covid-19 (nota a Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)*, in *Giustizia Insieme*, novembre 2021, p. 1 ss., e F. GAMBARDELLA, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)*, *ibid.*, p. 4 ss., ai quali si rinvia anche per una panoramica sulle fasi di sperimentazione medico-farmacologica attualmente previste dal diritto europeo (rispettivamente, pp. 2-3 e pp. 3-4). Cfr., tuttavia, le perplessità manifestate da G. SCARSELLI, *Nota a Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045*, *ibid.*, p. 5 ss.

malattia «continuerebbe incontrastata a mietere vittime», nonostante la materiale disponibilità di un farmaco la cui somministrazione avesse già dimostrato «molti più benefici che rischi»<sup>152</sup>.

Del resto, sulla sicurezza dei vaccini anti-Covid si sono espressi molteplici Comitati di esperti, sulla base sia dell'ampio bagaglio di conoscenze pregresse in materia, sia dei dati emersi nelle fasi sperimentali e di *trial* clinico, nonché di quelli ulteriormente raccolti nel corso dell'attuale campagna di somministrazione. Invero, si tratta di valutazioni altamente tecniche, che sfuggono all'apprezzamento del giurista. Il problema che si pone è, semmai, garantire l'effettiva autonomia di tali organismi da condizionamenti lobbystici e politici; condizionamenti che – va riconosciuto – nel caso in esame potrebbero essere tanto più intensi alla luce delle enormi ricadute socioeconomiche della pandemia<sup>153</sup>.

A questo proposito, le garanzie messe a punto, nel corso degli anni, dal legislatore europeo appaiono adeguate. Possono ricordarsi, in particolare, la direttiva n. 2001/83/CE<sup>154</sup>, che ha limitato la discrezionalità delle singole Autorità di farmacovigilanza nazionali con la fissazione di protocolli comuni, e, soprattutto, il regolamento (CE) n. 726/2004<sup>155</sup>. Quest'ultimo, nel conferire all'Agenzia europea per i medicinali la competenza a decidere sulle richieste di autorizzazione di nuovi farmaci, con efficacia in tutta l'Unione (art. 5 ss.)<sup>156</sup>, si preoccupa di disciplinare organizzazione e concreto funzionamento affinché l'assegnazione delle cariche interne sia motivata solo dall'alta levatura scientifica del candidato<sup>157</sup>. Coerentemente, particolare attenzione è riservata nel testo ad eventuali conflitti d'interesse con l'industria farmaceutica, grazie a stringenti obblighi di dichiarazione ed astensione, nonché alla previsione di ampie

---

<sup>152</sup> Cons. St., sent. n. 7045/2021, cit., § 30.5, cui cfr. già, sull'illegittimità costituzionale di un intervento tardivo da parte delle Istituzioni, A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, settembre 2021, p. 6. Coerentemente, secondo i Giudici l'autorizzazione condizionata, diversamente da quanto prospettato dai ricorrenti, «non è una scorciatoia incerta e pericolosa», in quanto la relativa procedura è anch'essa «presidiata da particolari garanzie e condizionata a specifici obblighi in capo al richiedente», al pari di quella ordinaria (§ 25.4).

<sup>153</sup> Cfr. il quadro efficacemente tratteggiato da A. TURCO, *Epistemologia della pandemia*, in *Doc. geogr.*, n. 1, 2020, p. 24 ss.

<sup>154</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un «codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano», di cui v. in particolare l'Allegato I.

<sup>155</sup> Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, modificato da ultimo nel 2019. Esso ha sostituito il regolamento (CEE) n. 2309/93 del Consiglio, del 22 luglio 1993, istitutivo della «vecchia» Agenzia europea di valutazione dei medicinali.

<sup>156</sup> V. sul tema, specie con riferimento all'immissione in commercio dei vaccini contro il Covid-19, V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuslavoristici e regolatori*, in *DPCE*, n. 2, 2020, p. 2311 ss., e A. CIONI, *La corsa al vaccino contro il Covid-19. Qualche considerazione fra requisiti per l'autorizzazione e regole di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, n. 6, 2020, p. 2019 ss.

<sup>157</sup> In sintesi, il fulcro del sistema è individuato nel Consiglio di amministrazione, i cui membri – tra cui alcuni rappresentanti delle organizzazioni di pazienti e medici – debbono essere in possesso dei «più alti livelli di qualifica» e di una «vasta gamma di pertinenti conoscenze specialistiche» (art. 65). Il Consiglio elegge, con scrutinio segreto e a maggioranza qualificata, un direttore esecutivo, posto sotto la vigilanza del Parlamento europeo e, soprattutto, della Commissione (art. 64). Esso, inoltre, esso dev'essere sentito per le nomine dei membri del Comitato per i medicinali per uso umano, allo scopo di valutare il «livello scientifico» e le garanzie personali di indipendenza offerte dai singoli candidati (arg. ex art. 61, §§ 1 e 6).

incompatibilità in presenza di circostanze idonee a distogliere il soggetto dal «servizio dell'interesse pubblico» o, comunque, ad offuscarne «imparzialità» e «spirito d'indipendenza» (art. 63). Tali regole sono state, poi, ulteriormente definite da fonti interne, alcune delle quali aggiornate proprio nel corso della pandemia<sup>158</sup>.

Dall'efficacia e sicurezza della vaccinazione anti SARS-CoV-2 deriva il suo effetto benefico per l'intera collettività; effetto che pare tanto più significativo in quanto proprio la novità della patologia ne rende ancora incerti i protocolli terapeutici. Come rimarcato, in particolare, dal Tribunale supremo spagnolo<sup>159</sup>, la gravità delle perdite che la vaccinazione mira ad evitare, in termini sia economici che sociali, sopravanza di molto i disagi imposti a chi la rifiuta. Per altro verso, è noto che la diffusione di *fake news*<sup>160</sup> e credenze antiscientifiche, specie nell'ambiente digitale<sup>161</sup>, già prima della pandemia aveva determinato un preoccupante calo delle coperture e, ancora oggi, continua a dominare alcune frange dell'opinione pubblica. Tutto ciò induce a ritenere che l'eliminazione della «spinta» alla vaccinazione, insita nell'odierna normativa sui *green pass*, sarebbe controproducente rispetto al raggiungimento della tanto auspicata immunità di gregge, risultando, essa stessa, lesiva dei diritti fondamentali dei cittadini (*in primis*, la salute, ma anche le libertà di circolazione e di impresa, p. es. nel caso ne derivi la necessità di nuove chiusure)<sup>162</sup>.

## 10. Segue. Profili critici.

L'analogia testé operata tra le norme sul *green pass* e quelle che solitamente presidiano l'obbligatorietà dei trattamenti vaccinali lascia emergere alcune criticità, che sembra opportuno evidenziare.

---

<sup>158</sup> V. in particolare l'attuale *Codice di condotta* dell'Agenzia, approvato il 16 giugno 2016 (delib. CdA EMA/385894/2012 rev.1); la *policy* n. 44, *on the handling of competing interests of scientific committees' members and experts*, dell'11 giugno 2020 (delib. CdA EMA/MB/89351/2020, in vigore dal 1° gennaio 2021) e la *breach of trust procedure for competing interests of and disclosure of confidential information by scientific committees' members and experts*, di cui alla delib. CdA EMA/154320/2012, Rev. 2, del 4 ottobre 2018; ed ancora, gli artt. 11 e 12 delle *Regole di procedura* dello stesso Consiglio di amministrazione (aggiornate, da ultimo, con delib. CdA EMA/MB/115339/2004/en/Rev.8 del 7 ottobre 2021).

<sup>159</sup> Sent. TS n. 1103/2021, su cui v. *supra*, § 6.

<sup>160</sup> V. sul tema L. SCAFFARDI - G. FORMICI, *Vaccini obbligatori*, cit., p. 80; F. COMUNELLO - S. MULARGIA - L. PARISI, «Non guardarmi, non ti sento». Processi di sense giving nella controversia sui vaccini infantili tra gli utenti di Facebook, in *Probl. inf.*, n. 3, 2017, p. 433 ss.; F. COMUNELLO, *Oltre le filter bubbles. Una riflessione sulla controversia vaccinale nei social media*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1/2018, p. 316 ss.; se si vuole, anche per ulteriori riferimenti, I. SPADARO, *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia*, in *Dir. fond.*, n. 1, 2019, pp. 9-10. È pur vero che la c.d. *vaccine hesitancy* ha origini più risalenti, come ricostruito da E. CECCHERINI - S. RODRIQUEZ, *Fake news e vaccini: le verità nascoste*, in *Federalismi*, n. 11, 2020, p. 154 ss.

<sup>161</sup> Cfr. l'analisi di G. GEMMA, *L'incompetenza scientifica al potere: nuovo fronte del costituzionalismo liberaldemocratico*, in *Riv. AIC*, n. 1, 2021, p. 345 ss.

<sup>162</sup> Cfr. in questo senso l'opinione di A. RUGGERI, *Ancora in tema di obbligatorietà del vaccino contro il Covid-19 e della responsabilità per la sua mancata introduzione*, in *Giustizia Insieme*, ottobre 2021, p. 3 ss., secondo la quale la gravità della crisi pandemica renderebbe costituzionalmente obbligata l'introduzione di un obbligo vaccinale, esponendo lo Stato a responsabilità civile nel caso non vi provveda. In quest'ottica, non paiono dirimenti le perplessità addotte da A. VITALE, *Del green pass*, cit., pp. 8-9, incentrate sulla natura inviolabile ed ontologicamente pre-costituzionale dei diritti fondamentali (ivi compreso quello all'autodeterminazione sanitaria), atteso che questi ultimi sono pacificamente soggetti a bilanciamento, allorché ciò sia necessario per garantirne il godimento a tutti.

Anzitutto, le seconde – salvo puntuali eccezioni<sup>163</sup> – sanzionano solo gli autori delle violazioni, mentre la sospensione del rapporto contrattuale dei lavoratori privi di certificato, nel caso italiano e francese, finisce per pregiudicare, del tutto incolpevolmente, anche l'imprenditore, che può, così, trovarsi privato di una parte anche cospicua della forza lavoro, con conseguente compressione della propria libertà di iniziativa economica. Da questo punto di vista, sembra apprezzabile la scelta, operata dall'art. 9-septies, co. 7 d.l. 52/2021, di rendere detta sospensione sostanzialmente facoltativa<sup>164</sup> per le imprese che, avendo meno di quindici dipendenti, potrebbero risulterne maggiormente penalizzate. Ciò, tuttavia, si traduce nell'assoggettamento dei dipendenti ad un potere privato che, in mancanza di puntuali previsioni legislative che ne subordinino l'esercizio, ad esempio, alla presenza di focolai o all'oggettiva impossibilità di mantenere il distanziamento sociale, presenta un alto tasso di discrezionalità. Emerge, poi, un'evidente disparità di trattamento rispetto ai dipendenti di imprese più grandi, per i quali la sospensione è, invece, sempre prevista, indipendentemente dal rischio di contagio (eventualmente identico o, financo, minore) cui si trovino esposti.

Dette imprese, dal canto loro, su impulso della contrattazione sindacale o, com'è già accaduto<sup>165</sup>, per pressanti esigenze di continuità produttiva, potrebbero essere indotte a provvedere esse stesse all'acquisto ed alla somministrazione dei tamponi ai propri dipendenti, con due possibili conseguenze. La prima sarebbe la frustrazione di quell'obiettivo, l'immunità di gregge da vaccinazione, su cui, come si è poc'anzi argomentato, in parte riposa la stessa legittimità dello strumento in esame<sup>166</sup>. La seconda sarebbe l'innalzamento dei costi di produzione e, quindi, una minor disponibilità di risorse per ulteriori investimenti (p. es. ammodernamento dei sistemi produttivi, espansione commerciale *etc.*). Del resto, qualora si scegliesse, invece, di recuperare tali esborsi attraverso un incremento dei prezzi al consumo, si finirebbe, paradossalmente, per penalizzare una platea che, ad oggi, risulta composta da soggetti per lo più vaccinati.

In molti casi, la stessa sostituzione dei lavoratori privi di *green pass* può rivelarsi gravosa: a parte l'oggettiva difficoltà di reperire specifiche figure professionali in tempi e per periodi contrattuali tendenzialmente

---

<sup>163</sup> V. il caso delle vaccinazioni pediatriche, la cui omissione, oltre ad impedire la frequenza scolastica, onera i genitori a farsi carico direttamente degli obblighi di istruzione, e l'ipotesi in cui il vaccino costituisca requisito di idoneità per lo svolgimento di una certa professione.

<sup>164</sup> La disposizione limita la sospensione *ex lege* a soli cinque giorni, dopo di che il datore di lavoro «può» sospendere nuovamente il lavoratore «per un periodo non superiore a dieci giorni lavorativi, rinnovabili».

<sup>165</sup> Cfr. *Dall'Iva a Ducati e Piquadro, ecco le aziende che pagano i tamponi ai dipendenti*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 ottobre 2021, ed. online.

<sup>166</sup> Cfr. il diniego opposto dal Governo italiano alla richiesta, avanzata dai sindacati, di rendere gratuita la somministrazione dei tamponi ai lavoratori non vaccinati, in ragione del fatto che «la gratuità non aiuta le persone a vaccinarsi» (*Green Pass, lite sui tamponi. Il no di Draghi ai sindacati: "Non possono essere gratis"*, in *La Repubblica*, 16 settembre 2021, ed. online).



brevi (si ricordi che il lavoratore sospeso ha diritto alla conservazione del posto), non vanno trascurati i costi legati all'addestramento ed all'eventuale minor produttività iniziale dei sostituti.

Ed ancora, giova osservare che il mancato possesso della certificazione Covid-19, avendo pesanti ricadute sia sulla sfera patrimoniale (perdita di retribuzione, costo complessivo dei tamponi) sia su quella delle libertà fondamentali, risulta ben più gravoso delle sanzioni previste per l'omessa sottoposizione ad altri vaccini. Ciò pone un problema di proporzionalità, quantomeno nell'ipotesi in cui il regime *de quo* continui a trovare applicazione per periodi di tempo apprezzabilmente lunghi e, al limite, persino al di fuori di quel contesto, propriamente emergenziale, che ne ha motivato e, in definitiva, giustificato l'introduzione<sup>167</sup>. È questo il caso del cd. *super green pass* italiano, atteso che, quando esso è stato introdotto, si prevedeva che le connesse limitazioni sarebbero rimaste in vigore sino al 15 gennaio 2022, ossia anche dopo la fine dello stato di emergenza (poi prorogato<sup>168</sup>); senza contare che le norme che ne disciplinano il rilascio non contemplano, addirittura, alcun termine finale<sup>169</sup>.

A parte si pone, inoltre, l'esigenza di assicurare la costante reperibilità di un adeguato quantitativo di test diagnostici, evitando che strategie speculative da parte di rivenditori e case produttrici possano farne impennare i prezzi. In caso contrario, infatti, ogni residua libertà di scelta vaccinale verrebbe meno, o peggio, muterebbe in un "privilegio" riservato ad una cerchia di persone tendenzialmente ristretta, munite di ingenti disponibilità finanziarie, in aperta tensione col principio di uguaglianza.

Infine, non sembra ultroneo domandarsi se, quantomeno negli ordinamenti che esonerano dal *green pass* i soggetti impossibilitati a vaccinarsi a causa di controindicazioni sanitarie, dovrebbe prevedersi lo stesso per chi rifiuta il vaccino per motivi di coscienza<sup>170</sup>. Anche in tale ipotesi, infatti, la mancata inoculazione sarebbe, in qualche misura, necessitata da situazioni obiettive, non controllabili dall'individuo. Del resto,

---

<sup>167</sup> Cfr. puntualmente A. POGGI, *Green pass*, cit., p. viii, e, più in generale, S. FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2020, p. 1, il quale avverte che spesso «le regole emergenziali sopravvivono all'emergenza, normalizzando quella *deminutio* di libertà che costituisce il costo di ogni legislazione emergenziale». Nella medesima prospettiva, tra gli altri, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020, p. 141, e S. ROVELLI, *Emergenza Covid e libertà personale: uno stravolgimento dell'ordine costituzionale*, in *Giur. it.*, n. 7, 2021, p. 1756, secondo il quale «il più grande pericolo che ogni emergenza porta con sé è rappresentato dalla sua normalizzazione».

<sup>168</sup> Nel momento in cui viene ultimato questo lavoro, il relativo decreto legge – approvato dal Consiglio dei ministri il 14 dicembre 2021 – non è ancora stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale; il Governo ha, tuttavia, anticipato che esso prorogherà lo stato di emergenza fino al 31 marzo 2022 (superando, quindi, il termine biennale previsto dal Codice della protezione civile).

<sup>169</sup> Lo evidenziano A. MORELLI - F. SALMONI, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, in *LaCostituzione.info*, 9 dicembre 2021, pp. 2-3.

1. <sup>170</sup> Sul tema v. S. FLORE, *Obbligo vaccinale e obiezione di coscienza nel caso del covid-19*, in *Dir. fond.*, n. 3, 2021, p. 29 ss., cui cfr., più in generale, le forti riserve sulla configurabilità di un diritto all'obiezione di coscienza vaccinale nell'ordinamento italiano, espresse da M. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, in *St. Ch. plur. conf.*, n. 7, 2020, p. 61 ss. Approfondite riflessioni sulla configurabilità di un diritto all'obiezione di coscienza da parte degli stessi sanitari chiamati ad eseguire le somministrazioni di vaccini anti SARS-CoV-2 – anche a prescindere da considerazioni di tipo religioso – sono svolte da B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il Covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, in *Diritti comparati*, aprile 2021, p. 6 ss.

è un dato di fatto che l'impiego, per la produzione di alcuni preparati vaccinali anti SARS-CoV-2, di linee cellulari di provenienza animale o abortiva ha fatto avvertire ai vertici di numerose confessioni religiose l'esigenza di saggiarne le implicazioni etiche, per poi impartire puntuali indicazioni ai propri fedeli<sup>171</sup>. Al riguardo, può richiamarsi la recente sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Vavříčka*, pronunciata a seguito del ricorso proposto da una coppia di genitori cechi, convinti antivaccinisti, che erano stati multati per non aver sottoposto la figlia minorenni alle vaccinazioni previste dalla legge. Ebbene, i Giudici hanno affermato per la prima volta che l'obbligo vaccinale si pone, effettivamente, in competizione con la libertà di pensiero, coscienza e religione tutelata dall'art. 9 Cedu, per poi precisare che, nel caso di specie, il ricorso andava respinto solo perché gli argomenti addotti dai ricorrenti non avevano «sufficiente forza, serietà, coerenza e importanza»<sup>172</sup>. Invero, si tratta di un'affermazione problematica, poiché, rapportata al tema oggetto di queste riflessioni, sembra spianare la strada a norme che, da una parte, prevedano il rilascio di *green pass* (o di documenti equipollenti) anche agli obiettori di coscienza ma, dall'altro, lo subordinino ad un sindacato autoritativo sulla genuinità e, addirittura, sul merito dei convincimenti personali<sup>173</sup>. Con l'ulteriore esigenza di domandarsi se, sempre in prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe quantomeno distinguere le ipotesi in cui vengano in rilievo credenze pseudo-scientifiche, la cui erroneità ben si presterebbe ad un accertamento giudiziale, e quelle in cui il rifiuto sia, invece, dettato da orientamenti di carattere religioso o filosofico, come tali impossibili da vagliare su basi oggettive.

## 11. Considerazioni di sintesi. Il *green pass* tra sindacato di costituzionalità e responsabilità politica.

Cominciando a trarre le fila delle considerazioni sin qui svolte, può anzitutto affermarsi che, sul piano della tutela dei diritti fondamentali, le norme sul *green pass* sono uno strumento, in sé, neutro. Uno strumento, cioè, che può essere utilizzato ora in funzione di garanzia, allorché vi si riconnetta l'esonero da misure restrittive altrimenti applicabili, secondo la prospettiva dell'Ue (di recente ribadita anche dal relativo Tribunale<sup>174</sup>); ora, come p. es. in Italia, in funzione limitativa della sfera giuridica dei cittadini,

<sup>171</sup> Cfr. i numerosi *statements* raccolti e pubblicati dall'organizzazione non governativa britannica *Inter Faith Network* ([IFN](#)) e, per quanto riguarda la Chiesa cattolica, la *Nota sulla moralità dell'uso di alcuni vaccini anti-Covid-19* diramata dalla [Congregazione per la dottrina della fede](#) il 21 dicembre 2020.

<sup>172</sup> Sent. *Vavříčka*, cit., § 335, su cui v. ancora S. FLORE, *op. cit.*, pp. 43-44 (ma cfr. la diversa lettura di M. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori*, cit., p. 272 ss., secondo la quale, al contrario, la Corte avrebbe inteso escludere una volta per tutte l'ammissibilità di deroghe agli obblighi vaccinali per motivi religiosi).

<sup>173</sup> Sulle difficoltà applicative di simili disposizioni v. quanto si è già accennato *supra*, § 9, con riferimento alle *non-medical exemptions* inizialmente previste da numerosi Stati americani.

<sup>174</sup> V. l'ordinanza presidenziale del 29 ottobre 2021, causa T-527/21 R, *Abenante*, dove si evidenzia che «il possesso dei certificati previsti dal regolamento impugnato non costituisce una condizione preliminare per l'esercizio del diritto di libera circolazione» (§ 26) e che «il regolamento impugnato mira proprio a facilitare l'esercizio del diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione durante la pandemia» (§ 27).

laddove vi si conferisca un’efficacia “abilitante” allo svolgimento di determinate attività. Tale seconda ipotesi è apparsa problematica, salva, tuttavia, la possibilità di interpretarne la disciplina in chiave, per così dire, teleologica e da ricondurla, così, ad una figura, l’obbligo vaccinale, che è già contemplata dai moderni ordinamenti democratici.

Muovendo da tali premesse, ed anche alla luce dell’uniformità degli orientamenti espressi, in materia, da numerosi giudici costituzionali, si è concluso che la spinta alla vaccinazione veicolata dallo strumento *de quo* sia, in linea di principio, compatibile con le garanzie dello Stato di diritto.

Tale osservazione va tenuta ferma, ma necessita di due precisazioni. Anzitutto, nella prospettiva di ciascun singolo ordinamento la legittimità costituzionale delle misure in discorso non dipende solo dal rispetto dei limiti sostanziali sopra esaminati (non nocività dell’inoculazione per il singolo paziente, beneficio per la salute pubblica *etc.*), ma anche dalla coerenza con eventuali riserve di legge o espressi divieti<sup>175</sup>, previsti a livello superprimario. Possono richiamarsi, al riguardo, le recenti decisioni con cui la Corte costituzionale slovena ha, dapprima, sospeso e, poi, dichiarato illegittimo un decreto governativo che impediva ai dipendenti statali di accedere ai rispettivi luoghi di lavoro se sprovvisti di *green pass* rilasciato a seguito di guarigione o vaccinazione<sup>176</sup>. È stata, così, accolta la tesi dei ricorrenti, secondo la quale si era dinanzi ad un «obbligo vaccinale di fatto»<sup>177</sup> introdotto per via regolamentare anziché con legge, come richiesto dall’art. 51, § 3 Cost.

Si tratta di accertamenti da operarsi caso per caso, a fronte dei rispettivi Testi fondamentali. Del resto, lo stesso richiamo alla «legge» operato nell’art. 9 Cedu, che pure fissa uno standard di garanzia comune verso le compressioni della libertà di autodeterminazione morale dell’individuo (nel caso di specie, del vaccinando), è interpretato dalla Corte di Strasburgo nel senso, per così dire, minimale di “norma giuridica”, ammettendo, pertanto, l’intervento di fonti tecnicamente diverse (regolamenti, codici deontologici, precedenti giurisprudenziali)<sup>178</sup>.

La seconda precisazione è che il giudizio di necessità, proporzionalità e ragionevolezza non può mai dirsi definitivo, essendo suscettibile di variazioni al mutare del contesto epidemiologico, delle conoscenze

---

<sup>175</sup> Non convince del tutto la tesi di L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare*, cit., p. 499, secondo cui basterebbe la mancanza di un’espressa previsione costituzionale per ritenere che la salute non possa essere assunta come limite delle libertà fondamentali. In questa prospettiva, infatti, si finirebbe per disconoscere l’intera categoria dei limiti impliciti, sopravvalutando il criterio letterale: cfr. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Rag. prat.*, n. 1, 2007, p. 219 ss., e P. MADDALENA, *I percorsi logici per l’interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 11, 2011, *passim*.

<sup>176</sup> V. rispettivamente il decreto n. UI-210/21-12 del 30 settembre 2021 e la decisione n. U-I-210/21-25 del 29 novembre 2021, vertenti sulla legittimità costituzionale dell’art. 10-bis dell’ordinanza governativa del 14 settembre 2021, emessi su impugnazione del Sindacato degli operatori di polizia.

<sup>177</sup> Decreto n. UI-210/21-12, cit., § 1.

<sup>178</sup> Sul tema v. puntualmente F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2013, p. 9 ss.

disponibili<sup>179</sup> e del trascorrere del tempo. Così, ad esempio, una misura (*lato sensu*) sanzionatoria molto onerosa come la sospensione del rapporto di lavoro, già più volte richiamata, mentre può considerarsi ammissibile se funzionale al superamento di un frangente di particolare criticità, in cui la carenza di posti letto e validi protocolli terapeutici rendano indispensabile prevenire nuove infezioni, potrebbe non esserlo dopo la scoperta di nuovi farmaci o esserlo sempre meno, man mano che il relativo ammontare complessivo (dato dalla somma delle mensilità di stipendio perdute) continui ad innalzarsi.

Ora, mentre il sindacato sul rispetto delle riserve di legge investe profili meramente formali e, può, quindi, demandarsi alla giurisdizione, lo stesso non può dirsi per quanto concerne le altre condizioni. In particolare, dalle pronunce del *Conseil constitutionnel* francese e dalla seconda sentenza del Tribunale Supremo spagnolo sopra esaminate emerge l'impossibilità, per i giudici, di spingere il proprio sindacato sul contenuto delle scelte normative oltre la soglia della manifesta irragionevolezza, pena l'invasione della sfera di discrezionalità che è propria del decisore politico. A ciò si aggiunga l'inopportunità – può, ancora, osservarsi – di esporre le Corti a indebite pressioni da parte di *media* e movimenti politici, come per l'appunto avvenuto in Francia per effetto di alcune proteste di piazza, indette da gruppi contrari al *green pass* proprio dinanzi al *Palais-Royal*<sup>180</sup>.

Ne deriva l'esigenza di assicurare effettività alle garanzie costituzionali anche nella “zona grigia” in cui idealmente si collocano tutte quelle misure che siano, per così dire, meramente irragionevoli. In uno Stato democratico, tale compito non può che gravare sugli stessi organi legislativi, sotto il costante controllo dell'opinione pubblica e lo stimolo costituito dalla prospettiva di veder sanzionata la propria responsabilità politica in sede elettorale. Affinché un simile controllo sull'operato dei governanti possa aver luogo, tuttavia, devono ricorrere alcune condizioni.

Anzitutto, è necessario che il quadro delle restrizioni risulti chiaro ai cittadini, ben oltre l'astratta conoscibilità insita nella pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Sotto questo profilo, la scelta compiuta dal Governo francese, di riunire le misure approvate nell'ultimo anno in una sorta di testo unico<sup>181</sup>, via via aggiornato e modificato, sembra apprezzabile, poiché ne agevola la consultazione. Al contrario, andrebbero evitati l'accumulo di disposizioni transitorie e potenziali sovrapposizioni di disciplina, sia a livello statale, come recentemente lamentato, in dottrina, proprio con riferimento al *green pass*<sup>182</sup>, sia,

---

<sup>179</sup> Cfr. puntualmente la sent. C. cost. 22 novembre 2017 (dep. 2018), n. 5, § 8.2.1, secondo la quale le scelte normative in tema di obblighi vaccinali debbono farsi «alla luce [...] delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica». La sentenza è annotata, tra gli altri, da C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2018, p. 465 ss., cui cfr. l'ampia ricostruzione operata da S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2020, p. 358 ss.

<sup>180</sup> Cfr. *Passe sanitaire: des manifestants massés à Paris après la décision du Conseil constitutionnel*, in *Le Figaro* del 5 agosto 2021, ed. *online*.

<sup>181</sup> Decreto del Primo ministro n. 2021-699 del 1° giugno 2021, già più volte citato.

<sup>182</sup> Cfr. testualmente A. MORELLI - F. SALMONI, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, cit., p. 2.

soprattutto, tra i diversi livelli di governo, come in parte verificatosi, in Italia, nella prima fase dell'emergenza<sup>183</sup>. Sarebbe, poi, opportuno che le disposizioni che fissano presupposti e contenuto delle limitazioni ai diritti fondamentali fossero redatte in modo da essere facilmente interpretate anche da chi non abbia particolari conoscenze giuridiche, p. es. evitando frequenti rinvii e senza l'intermediazione di documenti governativi, quali circolari ministeriali<sup>184</sup> e cd. *FAQ*<sup>185</sup>.

Ed ancora, il peso determinante che il sapere tecnico acquista in simili contesti segnala l'esigenza di colmare o, almeno, ridurre drasticamente il *gap* informativo tra decisore politico e cittadini, per esempio contrastando la diffusione di *fake news*<sup>186</sup> e garantendo la pubblicità degli atti dei comitati scientifici, anche al fine di far emergere l'eventuale prospettazione di alternative e, quindi, il tasso di discrezionalità insito nella successiva decisione politica. Per contro, non può che suscitare perplessità la scelta, originariamente operata dal Dipartimento della Protezione civile italiano, di negare l'accesso ai verbali del proprio Comitato, sull'assunto che si trattasse di «atti atipici» derivanti dall'adozione di un decreto legge e quindi esclusi – in tesi – dalla disciplina sull'accesso civico<sup>187</sup>.

Infine, la stessa credibilità dei suddetti organi consultivi potrebbe essere accresciuta, nella percezione dei cittadini, da norme di legge che ne delineassero in modo rigoroso criteri e procedimento di nomina, riducendo il peso decisionale degli organi di indirizzo politico. In particolare, bisognerebbe evitare che a sceglierne i membri siano i medesimi soggetti tenuti a sollecitarne i pareri, a differenza di quanto è, per l'appunto, avvenuto in Italia, dove a provvedere è stata la citata articolazione della Presidenza del Consiglio, nell'esercizio di poteri che essa si era auto-attribuita con ordinanza<sup>188</sup>. Tutt'al più, potrebbe consentirsi la designazione di taluni componenti da figure istituzionalmente *super partes*, come p. es. i Presidenti delle Camere, analogamente a quanto già previsto dalla copiosa normazione sulla nomina delle

<sup>183</sup> Cfr. la critica di V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dir. fond.*, n. 1, 2020, p. 979 ss.

<sup>184</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 129, secondo il quale, specie nelle situazioni emergenziali, l'emaneazione di circolari interpretative dovrebbe avvenire «con assoluta parsimonia», proprio al fine di non «ingenerare nella popolazione ulteriore incertezza».

<sup>185</sup> Cfr. al riguardo l'aspra critica di M. GUALTIERI, *Il sistema sanzionatorio di contrasto al Covid-19: profili costituzionali*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2020, pp. 19-20 (testo e nt. 46) e, per approfondimenti, A. LO CALZO, *Emergenza e infradiritto. Limiti ai diritti fondamentali, regole di condotta e canoni di interpretazione*, in *Etica & Politica*, n. 3, 2020, p. 397 ss.; in giurisprudenza, la sent. Cons. St. 20 luglio 2021, n. 1275.

<sup>186</sup> In merito all'incidenza della disinformazione sulle scelte politico-elettorali sia lecito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a I. SPADARO, *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia*, in *Dir. fond.*, n. 1, 2019, p. 9 ss.

<sup>187</sup> La tesi è stata prontamente rigettata dai giudici: v. sent. TAR Lazio 22 luglio 2020, n. 8615, e decr. Cons. St. 31 luglio 2020, n. 4574, anche nel commento di C. DELLA GIUSTINA, *Il Consiglio di Stato riforma la sentenza del T.A.R. e ammette l'apposizione del segreto sui verbali del Comitato tecnico scientifico. Nota a Consiglio di Stato, decreto 31.7.2020 n. 4574 sez. III Pres. Frattini*, in *Dir. fond.*, 2020, p. 1 ss.

<sup>188</sup> V. l'art. 2 ord. 3 febbraio 2020, n. 630 (poi modificata il 17 marzo 2021), ed il decreto di nomina emanato dal Capo del Dipartimento il 5 febbraio 2020, n. 371.



Autorità indipendenti<sup>189</sup> e riscontrato, nell'ambito di queste stesse riflessioni, anche a proposito del *Comité de scientifiques* francese, ovvero la designazione da associazioni professionali e di categoria, sul modello dei Comitati dell'Agenzia europea per i medicinali<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Per approfondimenti v. A. CIANCIO, *Riforma elettorale e ruolo garantistico del Presidente di Assemblea parlamentare: un modello in crisi*, in *Dir. soc.*, n. 3, 1996, p. 405 ss.

<sup>190</sup> Per i riferimenti a Francia e UE v. *supra*, rispettivamente § 4 e § 10, nt. 157.