

ELEMENTI ESSENZIALI PER UNA BREVE RIFLESSIONE GIURIDICA SULLA CERTIFICAZIONE VERDE COVID-19: TRA RISERVA DI LEGGE E BILANCIAMENTO DEI DIRITTI*.

di Tiziana Locatelli**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Linguaggio giuridico ed esegesi: un’interpretazione orientata al sistema valoriale umano. – 3. Tra il detto ed il dissimulato. – 4. La *ratio* della norma. – 5. La garanzia formale. – 5.1 Il falso esonero della *profilassi internazionale*. – 5.2 L’elusione della riserva di legge. – 6. Il principio di ragionevolezza. – 6.1 Necessarietà. – 6.2 Idoneità. – 6.3. Gradualità e plausibilità degli effetti. – 7. Lo spazio interstiziale della libera scelta: tra dovere di solidarietà ed autodeterminazione. – 8. Nel rispetto della persona umana.

1

1. Premessa.

Il dibattito europeo è da mesi abitato dal tema della certificazione verde COVID-19, quale misura proposta dalla Commissione Europea, adottata con il regolamento n. 953/2021 e mutuata a diverse finalità¹ nel territorio italiano con il d.l. n. 52/2021. Il cosiddetto *pass-verde* è entrato in vigore in Italia silenziosamente per subordinare al suo possesso la libertà di circolazione tra le regioni italiane connotate da un indice di contagi medio ed elevato ovvero tra le cosiddette zone rosse ed arancioni. Attualmente, con il susseguirsi frenetico di decreti-legge si assiste ad una modificazione continua sia della definizione che dell’applicazione di tale misura; con l’adozione del d.l n. 172/2021 addirittura lo strumento della certificazione verde COVID-19 sulla base di una differenziazione interna si articola nel cosiddetto *green pass rafforzato* che condiziona in toto l’attività del singolo².

* *Sottoposto a referaggio.*

** Cultrice della Materia in Istituzioni di diritto pubblico – Unidolomiti di Belluno/SSML Istituto ad Ordinamento universitario “San Domenico” di Roma.

¹ Sulle differenze tra *Green pass* europeo e certificazione verde COVID-19 italiana si veda *Osservatorio per la legalità costituzionale, Sul dovere costituzionale di disapplicazione del cd decreto green pass*, in www.generationifuture.org, p. 6 ss.

² In particolare, nell’art. 6, d.l. n. 172/2021 si fa riferimento indistintamente «allo svolgimento delle attività e la fruizione dei servizi per i quali in zona gialla sono previsti limitazioni».

Senza alcuna pretesa di esaustività e completezza, il presente contributo si propone di tracciare le linee essenziali con cui poter offrire una rappresentazione del fenomeno certificazione verde COVID-19, dalle quali poter sviluppare ulteriori considerazioni; si tratta di una tematica non di facile risoluzione che coinvolge istituti e principi posti alla base della forma dello stato democratico.

Prima di addentrarsi, esplorando nel dettaglio il vettore giuridico, la *ratio*, le connotazioni economiche e gli effetti della certificazione verde COVID-19 è necessario delineare gli elementi entro cui l'analisi si sviluppa. La questione relativa alla legittimità di tale strumento, la cui esistenza è supportata da una pretesa necessità di biosicurezza, postula una riflessione di carattere epistemologico che abbia ad oggetto prima ancora che l'odierna Costituzione, lo strumento giuridico ed il suo corretto utilizzo all'interno di un contesto democratico.

2. Linguaggio giuridico ed esegesi: un'interpretazione orientata al sistema valoriale umano.

Il riferimento all'art. 12, c. 1, Preleggi è una tappa obbligata per poter recuperare criteri guida chiari ed univoci che consentano la comprensione della disciplina esaminata.

Tralasciando i continui dibattiti sulla vincolatività o meno³ della disposizione richiamata e le successive interpretazioni "evolutive"⁴ atte a orientare costituzionalmente i criteri indicati nella norma, il contenuto del primo comma può fornire degli strumenti validi in grado di porre i presupposti condivisibili per una riflessione razionale a tutto tondo sulla disciplina, non solo limitata all'ambito della mera applicazione.

Due criteri d'interpretazione emergono dalla lettura dell'art. 12, c. 12, Preleggi: il dato letterale ed il dato logico (quest'ultimo riferibile alla coerenza con l'intento del legislatore

³ Sulla rilevanza ed il valore precettivo dell'art. 12, Preleggi ancora ampio è il dibattito dottrinale. La sua vincolatività è sostenuta da R. Sacco, *L'interpretazione*, in G. Alpa, G.P. Monateri, G. Pascuzzi e R. Sacco (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, vol. II, Torino, 1999, p. 266 ss.; mentre tra coloro che dichiarano "l'inutilità" giuridica di tali disposizioni vi sono N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 127 ss. e G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 307 ss.

⁴ Cfr. A. Costanzo, *Metodologia dei metodi e metodologia dei risultati. Per una riforma dell'art. 12 delle preleggi al Codice civile*, in *Giustiziansieme.it*, 1° settembre 2021.

ovvero alla cosiddetta *ratio*)⁵; essi costituiscono i fattori essenziali per determinarne la comprensione ed il significato della norma medesima.

Il primo indicatore ovvero *il significato proprio delle parole secondo la connessione di esse* rinvia ad un elemento fondante del diritto: il linguaggio. La redazione di una previsione normativa e la sua successiva interpretazione, non possono prescindere dal riconoscimento di una chiara evidenza: la subordinazione⁶ del diritto al linguaggio. Come sostiene Gaetano Silvestri “la norma non esiste indipendentemente dalla proposizione che la descrive” cioè dalla sua “formulazione linguistica”⁷ definibile come il codice basilare che permette l’intesa e la comunicazione tra i soggetti.

La parola è quanto garantisce al diritto l’assunzione di una forma, ma è altresì quanto potrebbe garantirne la sostanza⁸ se si accoglie senza travisare la sua principale funzione: il riconoscimento del reale e non la sua creazione. Il nome non genera l’evento, lo chiude, lo definisce ponendolo in relazione con altrettanti universi di nomi, pertanto, il significato delle parole deve rispecchiare ed essere coerente con il dato reale. Il presupposto del riconoscimento di quanto naturalmente autoevidente⁹ permette la comunicabilità e la condivisione tra gli esseri umani, in assenza di quest’atteggiamento di accoglienza di quanto già c’è la fiducia nel segno *parola* si indebolisce e la lingua diviene un involucro da riempire a seconda della convenienza e del mutamento degli umori sociali. Ciò vale di conseguenza anche per la norma giuridica che solo se costituita con linguaggio *ordinante*

⁵ Secondo A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2019, p. 50, il riferimento all’intenzione del legislatore nell’art. 12, Preleggi si riferisce alla *ratio* della norma, elemento che si contraddistingue dal cosiddetto “criterio logico” che integra gli strumenti basilari della logica volti alla comprensione esatta di quel significato attraverso l’*argumentum a contrario*, l’*argumentum a simili*, l’*argumentum a fortiori* e l’*argumentum ad absurdum*.

⁶ Dalle affermazioni di N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, si può dedurre non solo il nesso di interdipendenza tra linguaggio e norma, ma la dipendenza di quest’ultimo, in quanto secondo il pensiero dell’autore è il linguaggio ordinante che dona forma regolativa alla norma e la rende “giuridica”. Al contrario F. Sabatini, *Analisi del linguaggio giuridico. Il testo normativo in una tipologia generale dei testi*, in M. D’Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, Padova, 1990, p. 675, sembrerebbe inscrivere i due elementi all’interno di un rapporto paritario in quanto la lingua e il diritto sono “istituti primari, nati dalla convenzione sociale e che permettono il sussistere della società”.

⁷ La citazione è mutuata dall’intervento di F. Sabatini, *Il linguaggio giuridico come uso prototipico della lingua*, in AA.VV., *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia. Atti del convegno del progetto di ricerca e formazione*, Senato della Repubblica, 2017, p. 114.

⁸ Sul punto si riprende il pensiero di N. Irti così come analizzato da F. Giunta, *L’abito fa il monaco (se è il monaco ad indossarlo)*, in *Rivista penale*, n. 1/2021.

⁹ Esplicito è il riferimento al Giusnaturalismo che riconosce l’esigenza dell’interprete di fondare le proprie argomentazioni giuridiche su “premesse certe ed autoevidenti (cioè vere)” determinate dalla stessa natura dell’uomo. Sul punto si vedano le premesse generali di J. Maritain, *I diritti dell’uomo e la legge naturale*, Milano, 1991, p. 54 ss.

può ottenere l'affidamento necessario da parte della collettività e la contestuale e consapevole adesione ai principi in essa contenuti, proprio perché riferibili alla naturalità degli esseri e degli eventi¹⁰.

Quando il fondamento muta e si verifica una distonia tra quanto percepito nel reale, convenzionalmente atteso e riconosciuto, da quanto giuridicamente costruito *ex novo* la legittimazione democratica si affievolisce ed al soggetto non è chiesto di comprendere e aderire, ma semplicemente di obbedire. L'attinenza del linguaggio giuridico al dato naturale universale intrinsecamente riconoscibile e condiviso¹¹ è una garanzia, atta almeno potenzialmente, ad attuare *la sovranità che appartiene al popolo*. Ecco che, la prevalenza¹² dell'interpretazione letteraria posta dall'art. 12, Preleggi, che precede le sottostanti modalità di ricerca e di comprensione della norma, esprime un principio non più scontato ovvero che i significati non sono nella disponibilità dell'arbitrio del legislatore e dell'interprete, ma rimangono vincolati a quanto atteso e visto dall'uomo come riconoscimento reale di quanto naturalmente c'è e accade¹³.

All'interno di tale premessa si introduce il secondo parametro individuato dall'art. 12, Preleggi ovvero *l'intenzione del legislatore*. Quest'ultimo concetto rimanda non tanto ai concreti propositi soggettivi di un legislatore, bensì alla funzione che la norma persegue come strumento di disciplina della vita associata, la c.d. *ratio legis* (che identifica il criterio di interpretazione teleologico). Si tratta dunque di indagare la finalità obiettiva della norma,

¹⁰ Cfr. J. Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, cit., p. 57, secondo cui "è sufficiente credere alla natura umana e alla libertà dell'essere umano per essere persuasi che vi è una legge non scritta, per sapere che il diritto naturale è qualche cosa di reale nell'ordinamento morale così come le leggi di crescita e di invecchiamento nell'ordine fisico".

¹¹ Ciò che rende possibile e non ideale la presenza di un dato universale riconoscibile e condiviso è la stessa condizione umana. "L'uomo è una creatura effimera. Appartiene all'ordine del mondo, ma è capace di conoscere la legge che l'organizza" (J. Morineau, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000, p. 21). Il riconoscimento dello slancio umano verso ciò che è bello, armonioso e felice pone l'uomo nella condizione di continua ricerca per ritrovare l'unità primordiale ed è nel suo impegno con la vita che può trovare le regole da applicare nel quotidiano che rispettino e non lo distolgano dal suo desiderio ultimo di unità, condizione imprescindibile ed universale.

¹² Con tale termine si suole semplicemente riferirsi al vincolo posto ovvero che l'interprete non possa "riempire" le parole di significato a seconda della propria valutazione arbitraria. Sul punto si veda M. Ruotolo, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in AA.VV., *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra. Quaderni della rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. II, Milano, 2012, p. 1297 ss. e la riflessione di A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Interpretazioni e diritto giurisprudenziale. Classi sociali e nuove forme della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017.

¹³ Con tali osservazioni si vuole solo sottolineare la strumentalità del segno, quale mezzo di espressione delle cose del mondo e della condizione umana, ciò difatti non solo permette la comunicabilità formale tra gli esseri ma anche quella sostanziale.

alla luce della materia regolata e dei risultati perseguiti.

Riferirsi agli obiettivi posti dalla disposizione significa effettuare un'operazione di verifica logica intrinseca alla norma stessa ed estrinseca nei confronti dell'intero ordinamento¹⁴. Si ribadisce, come tale scrutinio, che dovrebbe interessare l'esercizio di tutti i tre Poteri (esecutivo, legislativo e giudiziario), deve inserirsi all'interno di un *ordine* come sopra delineato che accetti la strumentalità del diritto all'io profondo¹⁵ e rifugga la deriva di un ordinamento giuridico autopoietico¹⁶.

Sulla base di tale presupposti e con gli strumenti delineati è possibile incamminarsi nel coacervo di provvedimenti che attengono alla disciplina della certificazione verde COVID-19 all'interno dell'ordinamento italiano.

3. Tra il detto ed il dissimulato.

La definizione della certificazione verde COVID-19 è contenuta nell'art. 9 d.l. n. 52/2021 convertito con modificazioni dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, che la identifica come la «certificazione comprovante lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2, ovvero l'effettuazione di un test antigenico rapido o molecolare, quest'ultimo anche su campione salivare e nel rispetto dei criteri stabiliti con circolare del Ministero della Salute, con esito negativo al virus SARS-CoV-2». Grazie alla stessa definizione si possono individuare le condizioni alternative a cui è subordinata il rilascio della certificazione verde COVID-19, ovvero *i)* l'avvenuta vaccinazione anti-SARS-CoV-2; *ii)* l'avvenuta guarigione dal Covid-19; *iii)* l'effettuazione di un test antigenico rapido o molecolare con esito negativo; *iv)* l'avvenuta guarigione dopo

¹⁴ Cfr. F. Nicotra, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017, p. 6.

¹⁵ Il termine, ripreso dal pensiero di Bergson è inteso nella sua accezione ontologica e non psicologica, quale parte dell'essere distinto dagli abiti della vita sociale in generale. Per approfondimenti v. M. Bellini, *Nota su Bergson di Alfredo Civita*, in *Materiali di estetica*, n. 5.1/2018, p. 6 ss.

¹⁶ Si vuole pertanto evitare quanto descritto da P. Bourdieu, *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, Roma, 2017, p. 17 ss., per cui le norme "neutre ed universali" in realtà svelano le lotte tra i vari agenti al fine di produrre e di imporre principi di visione del mondo. "La norma difatti partecipa alla produzione della realtà sociale, perché in primo luogo vi attribuisce legittimità (la definisce, la nomina, la autorizza) e il giurista appare come l'agente autorizzato che contribuisce più direttamente alla produzione del mondo sociale".

la somministrazione della prima dose di vaccino o al termine del presente ciclo¹⁷. Si tratta dunque di un documento che accerta la condizione sanitaria del soggetto nel caso in cui abbia contratto l'infezione SARS-CoV-2 nei sei mesi antecedenti o la sottoposizione ad un trattamento sanitario quale la vaccinazione od il test molecolare o antigenico rapido. L'adozione del d.l. n. 172/2021, ha reso di fatto apparente ed incompleta la definizione data alla certificazione verde, introducendo una differenziazione interna che offre *privilegi* e maggiori *facoltà* ai soggetti che hanno ottenuto la certificazione verde COVID-19 a seguito di guarigione o vaccinazione, limitando i diritti degli altri soggetti che, liberamente, non effettuano nessuno dei trattamenti sanitari previsti. Si può notare difatti come a livello formale la definizione non ha subito modifiche, ma a livello sostanziale la parola *certificazione verde CoVID-19* ora inerisce a due categorie di strumenti: uno ritenuto ingiustificatamente¹⁸ *rafforzato* e di conseguenza migliore rispetto alla categoria residua della certificazione posseduta da soggetti che liberamente si sottopongono a test antigenico rapido o molecolare.

La rilevanza giuridica e l'effettività di tale strumento, che già sul piano del significato genera dubbi, si esplica nel campo di applicazione che la disciplina ha individuato. Il d.l. n. 52/2021 ha introdotto la certificazione verde COVID-19, secondo parte della dottrina in forza della proposta della Commissione UE del 17 marzo 2021¹⁹, per *consentire*, in assenza di una specifica motivazione, gli spostamenti in entrata ed in uscita dei territori collocati o

¹⁷ La presenza di una di queste condizioni non solo garantisce il possesso della certificazione verde COVID-19, ma altresì ne determina la differente validità temporale: nove mesi dal completamento del ciclo vaccinale (art. 9, c. 3, d.l. n. 52/2021); sei mesi dall'avvenuta guarigione dall'infezione (art. 9, c. 4, d.l. n. 52/2021), in assenza dalla somministrazione del vaccino; settantadue ore dall'esecuzione del test molecolare e quarantotto ore dall'esecuzione del test antigenico rapido Art. 9, c. 5, d.l. n. 52/2021) e nove mesi nel caso di guarigione dopo la prima somministrazione di vaccino o al termine del ciclo completo (art. 9, c. 4-bis, d.l. n. 52/2021).

¹⁸ Si noti che il d.l. n. 172/2021 non pone ragioni e motivi specifici inerenti all'introduzione della c.d. certificazione verde *rafforzata*, né fa riferimento a particolari dati o risultanze scientifiche, semplicemente giustifica la misura con le seguenti affermazioni: «ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di adeguare le previsioni sul rilascio e sulla durata delle certificazioni verdi COVID-19. Ritenuta altresì la straordinaria necessità ed urgenza di integrare il quadro delle misure vigenti di contenimento del predetto virus anche in occasione delle prossime festività, adottando adeguate e immediate misure di prevenzione e contrasto all'aggravamento dell'emergenza epidemiologica».

¹⁹ Cfr. C. Bertolino, *Certificato verde Covid-19 tra libertà ed eguaglianza*, in *Federalismi.it*, n.15/2021, p. 1 ss.; e sulle relative censure e differenze tra Certificato verde COVID-19 italiano e *Green Pass Europeo Osservatorio per la legalità costituzionale*, *Sul dovere costituzionale di disapplicazione del cd decreto green pass*, in *generazionifuture.org*, p. 6 ss.; in particolare lo studio pone in evidenza la discontinuità tra la normativa europea e quella italiana e la possibile violazione dell'ordinamento giuridico europeo. Nonostante si ritengono le censure mosse nell'articolo fondate, è utile ricordare che la certificazione verde COVID-19 in Italia non è frutto del recepimento di una normativa europea difatti il decreto-legge ivi analizzato, disciplinando l'utilizzo della certificazione all'interno dello stato, attiene ad una materia di competenza esclusiva nazionale.

in zona rossa o in zona arancione. La sua incidenza sulla vita dei soggetti, data la situazione di miglioramento dei contagi e l'assenza di zone rosse ed arancioni sul territorio italiano, è stata marginale fino al 6 agosto 2021, data in cui, con d.l. n. 105/2021, l'applicazione della certificazione verde COVID-19 è stata estesa per l'accesso ad attività di tipo ludico, sociale e culturale quali ad esempio: per l'accesso ai musei, ristoranti, convegni, sagre, fiere e concorsi pubblici²⁰. Il 6 agosto 2021, è stato introdotto, con d.l. n. 111/2021, l'art. 9 *ter* al già menzionato d.l. n. 52/2021 con cui è stato fatto obbligo per tutto il personale scolastico e gli studenti universitari di possedere ed esibire la certificazione verde COVID-19. Il campo di applicazione si è velocemente espanso con il d.l. n. 122/2021²¹ ed il d.l. 127/2021²² che ha esteso l'obbligo di possedere ed esibire la certificazione verde COVID-19 ai fini dell'accesso al luogo in cui il soggetto svolge la propria attività lavorativa, di formazione o di volontariato. A ciò si aggiungono le ulteriori limitazioni imposte con l'art. 6 d.l. n. 172/2021, non ancora convertito, secondo cui, è consentito solo ai soggetti muniti di certificazione verde COVID-19 ottenuta a seguito di vaccinazione o di guarigione svolgere le normali attività e funzioni concesse nella zona bianca, mentre ai restanti soggetti è preclusa tale possibilità, in quanto soggiacciono alle restrizioni imposte e previste per la zona gialla²³, ed ancora ai sensi dell'art. 5 del predetto decreto in zona gialla ed arancione la fruizione dei servizi, lo svolgimento delle attività e gli spostamenti che sarebbero limitati o sospesi, sono consentiti per i possessori della certificazione verde COVID-19 *rafforzata*.

Attualmente, dunque, l'impiego della certificazione verde COVID-19 non solo interessa tutti gli ambiti della vita sociale di un individuo ponendo una preconditione al suo esercizio, ma differenzia i soggetti in diverse categorie di libertà. Gli interessi personali, i passatempo, la formazione e l'attività lavorativa del soggetto sono subordinati ad un requisito estrinseco, indipendente dalle caratteristiche peculiari del singolo e dal suo comportamento; un requisito che connota di *possibilità e liceità* qualsiasi attività svolta dal singolo.

Il dato letterale della norma non dà adito a dubbi: le espressioni utilizzate dal legislatore per introdurre ed estendere la certificazione verde COVID-19 sono evidenti riverberi del

²⁰ V. art. 9-*bis*, d.l. n. 52/2021.

²¹ Si specifica che il d.l. n. 122/2021 ha inserito l'art. 9-*quater* al d.l. n. 52/2021.

²² Si noti che il d.l. n. 127/2021 ha inserito l'art. 9-*quinquies- sexies- septies-* al d.l. n. 52/2021.

²³ V. d.P.C.M. 2 marzo 2021.

repentino ribaltamento del sistema di valori determinato dalla situazione pandemica²⁴. Frequente è l'utilizzo del verbo "consentire"²⁵, termine che svela il mutamento di paradigma per cui la situazione originaria è una non-libertà²⁶ che deve essere oggetto di concessioni²⁷. Le ultime norme introdotte si inseriscono su uno sfondo di eccezionalità, che rende la stessa disciplina, in quanto espressione di un Potere autoritario, capace di creare spazi di libertà e diritti per il soggetto. L'attività sociale²⁸ pertanto non risulta lecita in sé, ma solo qualora il requisito del possesso della certificazione verde sia soddisfatto, tanto che in caso di accesso ai luoghi utili ai fini dello svolgimento delle attività in assenza della certificazione verde COVID-19 è irrogata una sanzione amministrativa²⁹.

La certificazione verde COVID-19 si traduce dunque in un obbligo imposto al soggetto di sottoporsi ad un trattamento sanitario potenzialmente idoneo ad attestare l'assenza di pericolosità sociale con riferimento alla patologia SARS- CoV-2.

²⁴ Sul punto si veda V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni e (parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 885; il quale deduce che "Osservando l'intero sistema normativo emergenziale appare poco contestabile la progressiva trasfigurazione della forma ordinaria dello Stato costituzionale di diritto nel modello del Präventionsstaat, la cui logica funzionale è senz'altro antitetica e contrapposta rispetto a quello dello Stato costituzionale di diritto"; nello stesso senso anche A. Venanzoni, *L'innominabile attuale. L'emergenza COVID-19 tra diritti fondamentali e stato d'eccezione*, in *Forum Quad. Cost. Rassegna*, n. 1/2020, p. 495 ss., che descrive chiaramente quel che sta avvenendo come "un tentativo di nascondimento semantico dell'avvenuta ipostatizzazione dello stato di eccezione su suolo italiano, nel cuore montante di una crisi sanitaria, e a breve economico-sociale, di cui non sembra vedersi la fine. Eppure, che vi sia stato di eccezione è dato che a me non sembra revocabile in dubbio; l'eccezione è ciclico rivolgimento che tende al proprio auto-consolidamento, anche, mediante rituali di mobilitazione".

²⁵ Il verbo è utilizzato nell'art. 2 «gli spostamenti in entrata ed in uscita [...] sono consentiti», nell'art. 9-bis e nell'art. 9-quater, d.l. n. 52/2021. Le successive disposizioni (art. 9 *ter.1, ter.2, quinquies, sexies e septies*) presentano invece la seguente espressione «è fatto obbligo di possedere ed esibire» o «deve possedere».

²⁶ Cfr. D. Trabucco, *Il principio di legalità formale e sostanziale*, in M. Borgato e D. Trabucco (a cura di), *COVID-19 vs democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Napoli, 2020, p. 23.

²⁷ Sul punto il paragone è immediato con le costituzioni ottriate, concesse per benevolenza del sovrano, "non definibili come costituzione costituente in quanto non è la costituzione di carta a dare al sovrano la sua legittimità e i poteri di riserva" (L. Lacchè, *Le carte ottriate. La teoria dell'octroi e le esperienze costituzionali nell'Europa postrivoluzionaria*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 18/2009, p. 237). Il medesimo meccanismo, anche se lontanamente può vedersi ritratto nella normativa eccezionale in cui è l'eccezione (lo stato di emergenza) la nuova forma di legittimazione del potere e non la Costituzione; di conseguenza il diritto non pone solo i confini a quanto illecito di per sé, ma determina quanto è lecito in riferimento alla nuova fonte di legittimazione.

²⁸ L'espressione include tutte le attività il cui esercizio è condizionato dal possesso e l'esibizione della certificazione verde COVID-19.

²⁹ Sono applicabili in linea generale le sanzioni amministrative previste ai sensi dell'articolo 4, cc. 1 e 5, del d.l. n. 19/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 35/2020. Resta fermo quanto previsto dall'art. 2, c. 2-bis, d.l. n. 33/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 74/2020 a cui si aggiungono le relative differenziazioni inserite dal legislatore avendo a riguardo la specifica violazione. Un esempio è l'art. 13 in cui si dispone in caso di violazione reiterata la chiusura dell'attività da uno a dieci giorni; oppure nel caso di accesso da parte del dipendente di un'impresa privata sprovvisto di certificazione verde COVID-19 ai sensi dell'art. 9-septies, c. 8, la sanzione pecuniaria è aumentata da euro 600 a euro 1.500.

Tralasciando l'ipotesi di guarigione che deriva da fatti naturali indipendenti dalla volontà umana, le ulteriori condizioni di rilascio della certificazione verde COVID-19 implicano un atto volontario del soggetto, ovvero quello di sottoporsi ad un trattamento sanitario³⁰ quale la vaccinazione o il test antigenico o molecolare. Tutto ciò è stato inasprito dalla previsione della certificazione verde *rafforzata* che determina, ormai un'esplicita obbligazione vaccinale, essendo concessa solo a seguito di assoggettamento al trattamento vaccinale o di guarigione dall'infezione. Pur in assenza di un obbligo generalizzato di sottoporsi alla vaccinazione anti-SARS-COV-2 (o in alternativa all'esecuzione periodica di test molecolari o antigenici), le disposizioni del d.l. n. 52/2021, estendendo l'obbligatorietà di tale strumento per lo svolgimento di qualsiasi attività lavorativa e sociale rendono, di fatto, l'atto del possesso della certificazione verde COVID-19 ovvero della sottoposizione a uno dei trattamenti necessari per il suo conseguimento da volontario a obbligatorio.

4. La *ratio* della norma.

Per l'ordinata esposizione dei contenuti occorre procedere all'individuazione dei *fini* della norma di legge sopra descritta di modo da poter delineare chiaramente il quadro degli interessi coinvolti ed effettuare le conseguenti valutazioni, in relazione a quanto abbiamo stabilito essere il dato logico di coerenza.

La certificazione verde COVID-19 si pone all'interno del contesto emergenziale dichiarato dal Governo, come ulteriore misura di contenimento utile alla diffusione del virus SARS-CoV-2. La sua funzionalità si deve pertanto parametrare con riguardo «all'attuale contesto

³⁰ Non pare fuori luogo identificare sia la profilassi vaccinale sia l'esame diagnostico test molecolare o antigenico rapido quale trattamento sanitario. In merito, "la dottrina costituzionalistica ha adottato un'interpretazione lata del concetto di 'trattamento sanitario', comprendendo in tale concetto sia gli accertamenti sanitari (definibili come quelle attività a carattere diagnostico che costituiscono il momento preliminare conoscitivo finalizzato alla formulazione di una diagnosi e/o all'individuazione di un'idonea terapia), sia i trattamenti sanitari in senso stretto (definibili come gli atti, diversi dagli accertamenti sanitari, che l'esercente una professione sanitaria compie su una persona allo scopo di tutelarne direttamente la salute". (A. Negroni, *Sul concetto di trattamento sanitario obbligatorio*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p.14). Tale affermazione riceve supporto anche dall'art. 1 della l. n. 219/2017 nella parte in cui si prevede il consenso informato per tutti i trattamenti sanitari inclusi gli accertamenti diagnostici. Si veda anche Corte cost., sentenza n. 218/1994.

di rischio»³¹ che secondo quanto statuito dagli organi che hanno adottato l'atto, impone la «prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario e urgente intraprese al fine di fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività». In particolare, gli artt. 9-ter, 9-ter.1, 9 ter.2, 9-quinquies, 9-sexies e 9-septies enunciano espressamente la finalità della norma introdotta, che è dichiarata nelle seguenti parole: «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza» ed «al fine di prevenire la diffusione dell'infezione da SARS- CoV-2». Tale determinazione, seppur generica e poco delineata consente di qualificare la certificazione verde COVID-19 come una misura di profilassi indiretta volta a prevenire la presenza di soggetti potenzialmente contagiosi all'interno dei luoghi in cui si applica la misura stessa.

Si ben comprende che la ragione della disciplina in esame, attiene ad una sicurezza collettiva e materiale³² posta come tutela della salute pubblica. Il concetto di sicurezza evocato a fondamento di tutta la normativa “d'eccezione”³³ durante la pandemia per essere conforme all'assetto liberal democratico designato dalla Costituzione Italiana deve essere effettivamente posto a tutela dei diritti; nella concezione liberale classica difatti compito dello Stato è proprio quello di garantire il pieno godimento dei diritti dei singoli individui, al riparo da possibili interferenze esterne³⁴.

³¹ L'espressione riprende il capoverso dodicesimo delle premesse al d.l. n. 127/2021 che letteralmente si riporta: «Considerato che l'attuale contesto di rischio impone la prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario ed urgente intraprese al fine di fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività».

³² Gli aggettivi riprendono la differenziazione effettuata da T.F. Giupponi, *La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali*, in *Diritti umani: trasformazioni e reazioni*, Bologna, 2008, p. 275 ss., secondo cui le diverse prospettive della sicurezza si riassumono nelle seguenti direttive: “a) sicurezza esterna – sicurezza interna, con particolare riferimento ai differenti problemi connessi alla tutela dalle aggressioni e dai pericoli esterni al gruppo sociale, oppure in relazione ai fattori di rischio endogeni ad una determinata collettività organizzata (differenti, in questo senso, appaiono non solo i problemi, ma anche le soluzioni e gli strumenti tradizionalmente individuati); b) sicurezza individuale (o sicurezza da) – sicurezza collettiva (o sicurezza di), si riferisce alla valorizzazione non solo della dimensione di tutela dei diritti fondamentali garantiti da un determinato ordinamento giuridico, ma anche dei profili connessi all'individuazione di limitazioni all'agere dei singoli individui, in connessione con la tutela di altre situazioni giuridiche soggettive o in relazione all'adempimento di specifiche prestazioni (pubbliche, ma non solo) a favore della collettività di riferimento; c) sicurezza materiale – sicurezza ideale, in relazione alla tradizionale questione attinente la categoria dell'ordine pubblico, e alla duplice accezione che può esservi ricondotta: tutela da forme violente di aggressione ai beni giuridici, oppure garanzia dell'insieme dei principi e dei valori fondanti caratteristici di un determinato ordinamento giuridico”.

³³ Si veda sulla sua legittimità V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni e (parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 885;

³⁴ Nel medesimo senso M. Ruotolo, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in *Astrid Rassegna*, 4 giugno 2009, p. 3 ss. sostiene che “al volto ‘repressivo’ della sicurezza si affianca una sembianza ‘promozionale’, che trova traduzioni importanti nelle Costituzioni contemporanee, nel segno della rimozione degli ostacoli che si frappongono all'effettivo godimento dei diritti. Ad assumere rilievo primario dovrebbe essere più che il ‘diritto alla sicurezza’ ‘la sicurezza dei diritti’, fondamento di una politica informata alla realizzazione della

Con riguardo a ciò, sembrerebbe che la concezione ideale di sicurezza preposta dalla Costituzione sia rispettata dalle restrizioni introdotte in quanto volte «alla graduale ripresa delle attività economiche e sociali, nel rispetto della diffusione dell'epidemia da Covid-19»³⁵. Tuttavia, l'operazione effettuata si instaura in una logica controversa che richiede cautele ed accorgimenti che non paiono sempre essere stati adottati. La misura della certificazione verde COVID-19, stando al dato letterale, viene introdotta come restrizione necessaria per la riconquista e la ripresa del graduale godimento di una condizione intrinseca alla natura umana “la socialità”³⁶ così come riconosciuta dalla Cost. negli artt. 2 e 3³⁷. Il porre una condizione generalizzata a ciò configura un rischio di notevole incidenza sul piano sia antropologico che politico e di conseguenza anche giuridico, ovvero la lettura dell'individuo e della collettività in funzione dello stato, senza del quale il soggetto non è, né ha garanzie. Per evitare tale pericolo concretizzabile nell'”anticamera dello stato totalitario”³⁸, le cosiddette clausole generali quali la sicurezza, la salute pubblica, l'interesse generale ed il benessere economico devono porsi a legittimazione delle misure che siano rispettose del contenuto essenziale dei diritti³⁹ la cui garanzia è posta sia dal dato formale che dal criterio di ragionevolezza.

libertà dal bisogno, non più limitata alla protezione ma proiettata anche verso la promozione delle situazioni giuridiche soggettive affermate nelle Carte costituzionali”.

³⁵ V. undicesimo capoverso delle premesse al d.l. n. 52/2021, per cui «ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di integrare il quadro delle vigenti misure di contenimento alla diffusione del predetto virus, prevedendo la graduale ripresa delle attività economiche e sociali, nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19»; le medesime premesse si ritrovano anche nel d.l. n. 172/2021.

³⁶ Il termine si riferisce a qualsiasi situazione subordinata al possesso della certificazione in quanto ipoteticamente delineate come situazioni di pericolosità per la diffusione del contagio.

³⁷ In merito si veda Corte cost., sentenza n. 75/1992 per cui «l'originaria connotazione dell'uomo uti socius, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico».

³⁸ Secondo quanto esposto da T.F. Giupponi, op. ult. cit., p. 279, lo stato totalitario si caratterizza per un “utilizzo ampio e pervasivo della sicurezza e dell'ordine pubblico in ogni sua dimensione: esterna, interna, materiale e (in modo particolare) ideale. Parlare di diritti tutelati, in questo contesto, è del tutto privo di significato, laddove l'individuo e le sue pretese vengono connessi ad una concezione totale dello Stato, senza il quale non c'è individuo e non c'è garanzia delle sue pretese (sulla base, si potrebbe dire, di una sostanziale funzionalizzazione dei diritti alle finalità dello Stato, una sorta di ipostatizzazione della sicurezza di)”.

³⁹ Per la loro definizione ed interpretazione si ritengono applicabili i criteri, così come esposti, dell'art. 12, Preleggi utili ad ancorare l'intero ordinamento ad un'interpretazione dei significati conforme alla natura umana ed alla sua realizzazione. Nel medesimo senso si richiama F. Scalia; *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, n. 32/2021, p. 192 ss.

5. La garanzia formale.

Sul piano del diritto positivo, come noto, sono previste ipotesi di limitazione tassativa della sfera personale del soggetto da parte della pubblica autorità; esse sono circondate da garanzie non solo procedurali, ma di natura sostanziale, tra le quali rientra la riserva di legge assoluta.

L'art. 32, c. 2, Cost. disponendo che «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» inserisce una riserva di legge assoluta, che, come tale, esclude l'intervento di qualsiasi fonte diversa dalla legge in senso stretto⁴⁰. È pacifico, come già dedotto, che le disposizioni inerenti al d.l. n. 52/2021, che introducono la certificazione verde COVID-19 al fine di svolgere attività quotidiane e necessarie per la realizzazione dei bisogni primari, impongono al soggetto di sottoporsi a dei trattamenti ai quali *ex se* non sarebbe tenuto non essendovi obbligato da una disposizione esplicita sul punto. La riserva di legge assoluta difatti impone che l'obbligo di sottoporsi a dei trattamenti sanitari non solo non può essere introdotto da provvedimento di carattere secondario o regionale, ma nemmeno da provvedimenti di rango primario che lo disciplinano in maniera obliqua e indiretta, tramite un'introduzione surrettizia e non reale⁴¹.

5.1. Il falso esonero della *profilassi internazionale*.

La riserva di legge disposta dall'art. 32 Cost. ai fini dell'introduzione di un trattamento sanitario obbligatorio appare anche nel caso di specie inderogabile. L'imprevedibilità che determina una condizione di emergenza anche sanitaria rappresenta un elemento caratterizzante fatti, situazioni, circostanze da inscrivere all'interno dell'ordinamento designato dalla Costituzione; il fatto diviene giuridico quando è riconosciuto come tale ed

⁴⁰ Con *legge formale* si indica, come è noto, la legge ordinaria dello Stato, ossia gli atti legislativi del Parlamento. Cfr. A. Negroni, *Decreto-legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 26 maggio 2017, p. 1.

⁴¹ Cfr. A.R. Vitale, *Dal Green Pass delle reazioni avverse ai vaccini e di altre cianfrusaglie pandemiche come problemi bioguridici: elementi per una riflessione*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 settembre 2021.

acquista una posizione all'interno dell'assetto ordinamentale pre-esistente infatti nemmeno la drammaticità delle circostanze può essere genericamente dotata di un'intrinseca normatività tale da legittimare la deformazione dello strumento giuridico. L'allontanamento dalla forma, come indicata dalla Costituzione postula l'affermazione di una tacita modifica dell'assetto liberal democratico in contrasto con l'art. 138 Cost⁴². Ecco che, nemmeno l'asserita legittimazione di tutta la normativa emergenziale fin qui adottata, ad opera della pronuncia n. 37/2021 della Corte Costituzionale⁴³ appare idonea a giustificare la deroga agli adempimenti formali e procedurali imposti dalla Costituzione. In particolare, l'ampia motivazione della sentenza n. 37/2021 afferma senza esitazione che gli interventi volti ad affrontare un'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale ricadono nell'ambito della «profilassi internazionale»: materia che l'art. 117, c. 2, lett. q), Cost. assegna in via esclusiva alla legislazione statale e che deve ritenersi «comprensiva di ogni misura volta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla»⁴⁴. Come è noto, il 30 gennaio 2020 il Direttore Generale dell'Organizzazione Mondiale della sanità, Agenzia delle Nazioni Unite⁴⁵, emanava una dichiarazione indirizzata a tutti i Paesi membri dell'Agenzia con la quale veniva dichiarato che il focolaio internazionale di Covid-19 fosse un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, ai sensi del Regolamento sanitario internazionale del 2005. Seguiva la dichiarazione del Direttore generale del 11 marzo 2020 con la quale il focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 veniva «considerato una pandemia». Sulla base di tale presupposto la Consulta sembra esaminare tutta la normativa emergenziale emanata dallo Stato nascondendola nella corazza della «profilassi internazionale». Discostandosi difatti dalle pronunce precedenti⁴⁶ considera la materia della «profilassi internazionale» come

⁴² Cfr D. Trabucco, *Il principio di legalità formale e sostanziale*, in *COVID-19 vs democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 22.

⁴³ Da notare che la sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 è la prima sentenza in tema di pandemia umana perché la precedente giurisprudenza aveva esaminato fattispecie aventi ad oggetto la profilassi internazionale di pandemie animali. (Cfr. F. Bocchini, *Il problema della individuazione della disciplina costituzionale della pandemia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos*, n. 2/2021, p. 9).

⁴⁴ Si veda Corte cost., sentenza n. 37/2021, §7.

⁴⁵ L'Organizzazione Mondiale della Sanità è stata istituita con il Trattato stipulato a New York nel 1946 ed entrato in vigore il 7 aprile 1948.

⁴⁶ La dottrina in commento alla sentenza della Consulta n. 37/2021 rileva una discontinuità rispetto ai precedenti orientamenti giurisprudenziali; in particolare si veda A. Poggi e G. Sobrino, *La Corte di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)*. (nota a Corte Cost. sentenza n. 37/2021), in *Osservatorio AIC*, n. 4/2021, p. 231; e F. Bocchini, op. ult. cit., p. 16, che individua quale «unico profilo di continuità con la precedente giurisprudenza

vera e propria materia-oggetto, dotata di un suo perimetro contenutistico «che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina» e dunque anche le attività finalizzate a tutelare la salute, propedeutiche a questo scopo, anche di carattere diagnostico e d'indagine⁴⁷. Nell'adempimento di tale profilassi, dettata da raccomandazioni volte alla tutela della salute globale rientrerebbero dunque anche i trattamenti sanitari ivi discussi. Tuttavia, ciò non esime il legislatore dal rispetto delle garanzie formali statuite a garanzia dell'assetto pluralistico democratico; infatti anche se lo stato di emergenza allude in principio ad eventi e situazioni straordinarie di carattere internazionale che esigono un'uniformità di azione questi devono essere sempre in qualche modo “irregimentate – anche implicitamente – entro la cornice delle norme costituzionali”⁴⁸.

In primo luogo, la stessa Consulta se riconosce di fatto una legittimità logica⁴⁹ prima ancora che giuridica rispetto alla normativa emergenziale adottata, non analizza né giudica il vestito giuridico utilizzato risultando secondo la stessa affare estraneo al conflitto di attribuzioni sollevato. Nel caso in esame non rilevano né la violazione da parte della legislazione regionale delle singole norme statali, né la circostanza che tali norme fossero o meno costituzionalmente legittime, né che gli atti amministrativi a contenuto generale adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri fossero o meno validi, perché oggetto del giudizio di costituzionalità non è – dice la Corte – la normativa statale, ma la legge regionale⁵⁰. Nella sentenza non vi è dunque alcun accenno né è deducibile alcuna

costituzionale l'ambito di estensione territoriale della profilassi internazionale nel senso che quest'ultima debba comprendere anche la profilassi all'interno del territorio nazionale”.

⁴⁷ V. A. Patanè, *La costituzionalità dell'obbligo vaccinale all'interno del difficile equilibrio tra tutele e vincoli nello svolgimento dell'attività lavorativa*, in *Lavori Diritti Europa*, n. 2/2021, p. 4.

⁴⁸ Cfr. M. Orlando, *Esclusivo. Il costituzionalista Baldini: “siamo in un regime normativo al di fuori della Costituzione”*, in *Informazionecattolica.it*, 19 dicembre 2021.

⁴⁹ Si riporta la pronuncia n. 37/2021, § 7.1 «A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, ‘ragioni logiche, prima che giuridiche’ (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)». Il riferimento a ragioni logiche prima che giuridiche è stato già in precedenza criticato da commentatori individuandolo come “una spia di debolezza delle ragioni giuridiche a supporto della pronuncia”. davvero curioso, in sostanza, che la Corte richiami a fondamento della sua decisione ragioni logiche prima di quelle giuridiche; ma al contempo quel richiamo è spia di una debolezza delle ragioni giuridiche a supporto della pronuncia” (V. A. Iannuzzi, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, n. 1/2018).

⁵⁰ Il caso esaminato ha ad oggetto la l. reg. Valle d'Aosta n. 11/2021, in particolare il Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 21 dicembre 2020, ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'intera legge che disciplina la gestione regionale dell'emergenza indotta dalla diffusione del COVID-19,

affermazione circa una possibile sospensione delle garanzie formali imposte dalla Costituzione; pertanto, doveroso è il rispetto della riserva di legge assoluta disposta l'art. 32, c. 2, Cost.

Sostenere inderogabile la garanzia formale e pertanto ritenere insanabile la sua violazione è conseguenza diretta dell'espresso riferimento alla prassi internazionale, che non esime, ma richiede il suo inserimento all'interno della cornice costituzionale. La stessa pronuncia n. 37/2021 rinvia a raccomandazioni⁵¹ di carattere sovranazionali che in quanto tali necessitano di attuazione per esplicare i propri effetti all'interno dei singoli Stati. L'iscrizione all'interno di un atto formale è dunque la tappa obbligata e necessaria affinché le stesse finalità individuate dalla Corte costituzionale che hanno indotto a proclamare l'esclusiva potestà legislativa dello Stato, siano raggiungibili in conformità con le previsioni costituzionali. La costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità redatta nel 1946 riconosce espressamente e subordina la sua stessa efficacia alle norme Costituzionali degli stati membri tanto che l'art. 4 dispone che «gli Stati Membri delle Nazioni Unite possono diventare membri dell'Organizzazione, firmando, od accettando in qualsiasi altro modo la presente costituzione, conformemente alle disposizioni del Capo XIX ed alle loro proprie norme costituzionali» così come l'art. 19 afferma che «l'Assemblea della sanità può approvare convenzioni od accordi concernenti qualsiasi questione di competenza dell'Organizzazione. Siffatte convenzioni od accordi devono essere approvati dalla maggioranza dei due terzi dell'Assemblea della sanità, ed entrano in vigore per ogni singolo Stato, quando esso li accetta, conformemente alle proprie norme costituzionali». Non può essere dunque condivisa la tesi secondo cui l'adeguamento ad una «prassi internazionale» atta alla tutela della salute in termini globali, sospenda l'ordinamento interno in forza di un'urgente imminenza preventiva e terapeutica. Erronea è dunque la presunta sanatoria della violazione del principio di legalità che si sta perpetrando anche con gli attuali decreti, che renderebbe tutta la disciplina emergenziale

in riferimento ai suoi artt. 2, cc. 4, 6, 7, 9, da 11 a 16, 18 e da 20 a 25, 3, c. 1, lett. a), poiché paiono in contrasto con gli artt. 25, c. 2, 117, c. 2, lett. m), q) e h), e c. 3, 118 e 120, Cost., nonché con il principio di leale collaborazione e all'art. 44 l. cost. n. 4/1948 (*Statuto speciale per la Valle d'Aosta*). Ecco perché la Corte esplicita che «non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.M. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale».

⁵¹ Si specifica in merito che «l'attività normalmente svolta dalle organizzazioni internazionali, è costituita dall'emanazione di raccomandazioni, cioè di atti che hanno valore di esortazione e che come tali non vincolano gli Stati cui si indirizzano» (B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2015, p. 154).

attuazione di un dettame sovranazionale dichiarante lo stato di emergenza sanitaria. Tutelare lo stato democratico pluralista significa rispettare l'ordine costituzionale e sottostare ai vincoli di legalità sia formali che sostanziali che garantiscono la sua tenuta. La riserva di legge, quale corollario del principio di legalità è “fondamentale luce nell'oscurità dell'eccezione”⁵² e non può essere derogata, significherebbe violare la profonda *ratio* della Carta costituzionale concretizzabile nella tenuta della forma di governo prescelta.

5.2. L'elusione della riserva di legge.

Quanto premesso ovvero l'operatività della riserva di legge imposta dall'art. 32 Cost. e la fattuale imposizione di un trattamento sanitario sarebbe sufficiente a rilevare l'illegittimità della disciplina fin qui esposta, tuttavia, se qualora si ritenesse lo strumento della certificazione verde legittimo e idoneo per imporre i suddetti obblighi, sarebbe necessario verificare la possibilità di introdurre codesta disciplina tramite lo strumento del decreto-legge⁵³.

Sulla scala delle fonti, il decreto-legge si posiziona quale *atto avente forza di legge*, dal punto di vista strettamente formale la riserva di legge potrebbe ritenersi dunque pienamente soddisfatta. Tuttavia, la materia relativa all'imposizione dei trattamenti sanitari è caratterizzata da una riserva di legge non solo assoluta, ma anche rafforzata, il secondo capoverso statuisce che: «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Tale riferimento esprime la volontà di garantire una massima e rigorosa tutela della libertà del cittadino che di conseguenza può essere garantita appieno solo da una legge formale del Parlamento frutto “di un procedimento decisionale in cui l'adeguata rappresentazione e ponderazione degli interessi coinvolti vengono assicurati dalla quantità e dalla qualità degli attori politici decidenti e dall'articolazione delle sedi di costruzione della decisione, nonché ampiamente controllata, sia a livello di opinione pubblica nel corso del processo decisionale, sia dall'attività presidenziale in sede

⁵² Cfr. C. Della Giustina, *Il (mancato) rispetto della riserva di legge*, in M. Borgato e D. Trabucco (a cura di), *Covid -19 vs. Democrazia aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 49.

⁵³ Cfr. A. Negroni, *Decreto-legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, cit., p. 1.

di promulgazione, sia infine dall'eventuale controllo successivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale"⁵⁴. Si può anche ammettere di condividere, almeno in via generale, l'opinione che un decreto-legge soddisfi le riserve di legge poste dalla Costituzione e ciò in quanto "la conversione in legge del decreto ha [...] l'effetto di ripristinare l'ordine normale delle competenze, per mezzo di una novazione della fonte, che vede la legge sostituirsi al decreto, anche per quanto riguarda la disciplina pregressa», tenuto conto che «la mancata conversione del decreto da parte del parlamento [...] provoca il venir meno retroattivo della sua efficacia"⁵⁵. Tuttavia, nel caso della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. non si può concordare che essa sia soddisfatta da un decreto-legge in quanto i trattamenti sanitari (salvo i meri accertamenti effettuati in modo non invasivo) hanno ordinariamente effetti irreversibili, e ciò comporta che, in caso di mancata conversione di un decreto-legge che stabilisca l'obbligatorietà di un trattamento sanitario, gli effetti sul destinatario del trattamento non sarebbero in alcun modo reversibili⁵⁶.

Se anche tale motivazione non convincesse e si ritenesse condivisibile la dottrina⁵⁷ che in linea generale ammette la possibilità di disciplinare con decreto-legge le materie coperte da riserva di legge, comunque l'attività del Governo in esame sarebbe censurabile.

La certificazione verde trova regolamentazione in ben sette dd.ll. nn, 52./2021 105/2021, 111/2021, 122/2021, 127/2021, 139/2021 e 172/2021, adottati in un tempo ridotto; si evita così di disciplinare il fenomeno unitariamente, ponendo giustificativi e correzioni continue non più aderenti al principio di legalità, ma ad un pretestuoso equilibrio di volta in volta mutabile. Da precisare che gli ultimi decreti-legge non paiono aderire ai presupposti di *urgenza e necessità* necessari ai fini della loro adozione in quanto il d.l. n. 105/2021 è entrato effettivamente in vigore il 6 agosto, così il d.l. n. 111/2021 ha differito l'efficacia delle disposizioni inerenti la certificazione verde COVID-19 al primo settembre, il d.l. n. 122/2021 è entrato in vigore il 10 ottobre 2021, mentre nel d.l. n. 127/2021 le disposizioni risultano applicabili dal 15 ottobre 2021 ed infine nel d.l. n. 172/2021 le disposizioni

⁵⁴ Cfr. B. Pezzini, *Principi costituzionali e politica della sanità*, in C.E Gallo e B. Pezzini (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, pp. 34-35.

⁵⁵ F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2015, pp. 126-127.

⁵⁶ Cfr. A. Negroni, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, pp. 2 ss.; nel medesimo senso anche A. Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, pp. 87-88; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 385.

⁵⁷ Cfr. R. Guastini, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino 1994, pp. 163 ss.; F. Modugno, *Le fonti del diritto*, in *Id.* (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino 2012, pp. 109 ss., S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, p. 901.

decorrono dal 6 dicembre e dal 15 dicembre 2021. Non è noto come tale differimento nel tempo possa giustificarsi con i requisiti di *urgenza e necessità* secondo i quali il Governo sarebbe legittimato ad anticipare l'esercizio di un potere che appartiene al Parlamento. In plurime sentenze la stessa Corte costituzionale ha rilevato come mal si adeguano ai presupposti richiesti dall'art. 77 Cost. le disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo⁵⁸; il decreto-legge trae la propria legittimazione generale «da casi straordinari ed è destinato ad operare immediatamente allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute ed urgenti necessità»⁵⁹. Anche accogliendo l'interpretazione maggiormente estensiva dell'art. 77 Cost., dettata dalla Consulta, secondo cui «la straordinaria urgenza e necessità non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto, ma può ben fondarsi anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito»⁶⁰, l'adozione di decreti-legge non appare legittima. Se l'immediata e diretta applicabilità deve essere testata, indipendentemente dal necessario differimento delle disposizioni, in ogni caso non può essere soddisfatta qualora le «disposizioni perseguano finalità programmatiche o richiedano l'adozione di ulteriore normativa»⁶¹. I decreti-legge in esame, non solo differiscono nel tempo l'efficacia delle disposizioni, ma in plurimi casi ne subordinano l'attuazione all'adozione di decreti e circolari. Un esempio evidente è rintracciabile nell'art. 4-*bis*, c. 3, d.l. n. 44/2021, introdotto con il d.l. n. 122/2021, in cui «i responsabili e i datori di lavoro possono verificare l'adempimento all'obbligo acquisendo informazioni necessarie secondo le modalità definite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato di concerto con i Ministri della Salute, per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale e dell'economia e delle finanze sentito il Garante per la protezione dei dati personali»; tale decreto peraltro non è mai stato adottato ed attualmente il l'art. 4-*bis*, c. 4, è stato modificato con il d.l. n. 172/2021. Sviate sono le esemplificazioni che si potrebbero riportare⁶² per

⁵⁸ Corte cost., sentenza n. 220/2013.

⁵⁹ In riferimento alla pronuncia Corte cost., n. 220/2013, § 10, 11,12, si veda Servizio Studi della Corte costituzionale, *La decretazione d'urgenza nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Nevola, 2017, p. 95.

⁶⁰ Corte cost., sentenza n. 16/2017, §7.1.2.

⁶¹ Corte cost., sentenza n. 170/2017 § 6.2.

⁶² A titolo esemplificativo si segnalano: l'art. 9-*ter*, c. 3-quater, d.l. n. 52/2021, introdotto con d.l. n. 111/2021 in cui si prevede l'adozione di una circolare del Ministero dell'Istruzione; art. 9-*quinqies*, c. 5, l'art. 9-*sexies*, c. 5, d.l. n. 52/2021, introdotto con d.l. n. 127/2021 in cui rispettivamente si prevede che «il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e della salute, può adottare

cui anche un'interpretazione estensiva dei presupposti per l'adozione di un decreto-legge ai sensi dell'art. 77 Cost. non troverebbe luogo e dovrebbe pertanto accertarsi «l'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza»⁶³.

In linea generale, un percorso più semplice potrebbe condurre la Corte a ritenere illegittimo lo strumento dei decreti-legge analizzati in quanto il presupposto pandemico non configura un'emergenza temporanea a caratteri permanenti, ma data l'ennesima proroga dello stato di emergenza⁶⁴, si può ritenere essere un'emergenza permanente. È pacifico ormai che la pandemia di SARS CoV-2 costituisce un'emergenza permanente a durata imprevedibile, oltre che a propagazione invisibile, ciò determina l'inadeguatezza della normativa sulla decretazione d'urgenza, ai sensi degli art. 77 e 87, c. 5, Cost. in quanto carenti sono l'eccezionalità dell'evento emergenziale ed il carattere non duraturo dell'emergenza la decretazione d'urgenza difatti non può avere carattere duraturo e/o permanente.

Un ulteriore aspetto di illegittimità si ravvisa sul piano procedurale nell'esautorazione del Parlamento dalle proprie prerogative legislative. La conversione dei decreti-legge è difatti avvenuta ed avviene su fiducia governativa e dunque con l'effettiva inutilità di qualsiasi discussione in merito. L'«efficacia sanante»⁶⁵, della legge di conversione pertanto è in *toto* da escludersi⁶⁶ e permanente risulta essere l'illegittimità delle disposizioni.

In merito a quanto premesso nessuna spiegazione è stata fornita, e tutto ciò risulterebbe

linee guida per la omogenea definizione delle modalità organizzative” e che “con circolare del Ministero della giustizia, per i profili di competenza possono essere stabilite ulteriori modalità di verifica».

⁶³ Il riconoscimento dell'illegittimità del decreto-legge, secondo l'orientamento della Corte costituzionale deve essere accertato sulla base dell'evidente mancanza dei presupposti di urgenza e necessità. A titolo meramente esemplificativo si veda Corte cost., sentenza n. 287/2016, Corte cost., ordinanza n. 72/2015, Corte cost., sentenza n. 93/2011.

⁶⁴ Con comunicato stampa del Consiglio dei ministri, n. 51, il 14 dicembre, è stata comunicata l'approvazione di un decreto-legge che prevede la proroga dello stato di emergenza nazionale fino al 30 marzo 2022.

⁶⁵ In merito all'efficacia sanante si ricorda l'indirizzo della Corte costituzionale per cui «il difetto di presupposti di necessità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità deve risultare evidente, e che tale difetto di presupposti, una volta intervenuta la conversione si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge» (Cfr. Corte cost., sentenza n. 108/2008, Corte cost., sentenza n. 171/2007). I precedenti vizi difatti dovrebbero essere sanati con un apposito atto ed intento in quanto «la sanatoria non costituisce idoneo equipollente della conversione giacché il relativo potere è ontologicamente diverso anche per le conseguenze» (cfr. Corte cost., ordinanza n. 204/2008; Corte cost., n. 244/1997).

⁶⁶ Si ravvisa il fondamento di tale affermazione nell'orientamento predominante giurisprudenziale secondo cui «affermare che la legge di conversione in ogni caso sana i vizi del decreto, significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie»; pertanto la stessa Corte Costituzionale giunge alla conclusione per cui il sindacato di legittimità inerente alla sussistenza dei presupposti di urgenza e necessità, anche qualora il decreto sia stato convertito in legge, non possa esaurirsi né in delle apodittiche enunciazioni, né nell'eventuale constatazione della ragionevolezza della disciplina, in ogni caso difatti deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale. (Cfr. Corte cost., sentenza n. 108/2008, Corte cost. sentenza n. 171/2007).

giustificabile alla luce di un'apparente adesione a principi di senso comune il cui contenuto è di volta in volta mutato e rimesso alla libertà del potere pubblico sintetizzabile in un atteggiamento in netto contrasto con l'ordine costituzionale.

6. Il principio di ragionevolezza.

Premesso ciò, è opportuno muoversi sul piano dei contenuti della disciplina in esame e verificare la sua congruenza ai principi base riconosciuti dalla Costituzione ed interpretabili secondo quanto premesso, a cui devono sottostare i tre Poteri dello stato. L'indicatore principale su cui basare lo scrutinio è il principio dedotto dall'art. 3, Cost. ovvero quello della ragionevolezza.

La ragionevolezza rappresenta un principio costante nella giurisprudenza costituzionale. Esso ha assunto nel tempo un connotato conformativo rispetto ad ogni parametro costituzionale, poiché utilizzato come complemento rispetto a qualunque altro principio. Tale canone, non soltanto adempie all'analisi del dato logico della norma, ma rappresenta inoltre una sorta di chiave di volta nel giudizio di legittimità costituzionale, al punto che la dottrina sostiene che questo si inserisce probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa, ed interessa ogni tipo di atto impugnato⁶⁷. La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 264/1996 ha riconosciuto come «criterio generale» la ragionevolezza che «consiste in un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la causa normativa che la deve assistere»⁶⁸.

In sostanza, la sua valutazione è inerente all'azione e alla sua idoneità a raggiungere uno scopo legittimo in relazione ai presupposti di fatto, allo scopo preposto e alla funzionalità dei mezzi. Si tratta di un'analisi prettamente sostanziale connessa al principio di proporzionalità che non a caso la Corte costituzionale riconosce quale «diretta espressione del generale canone di ragionevolezza»⁶⁹.

È dunque opportuno, alla luce della prassi della Corte costituzionale, sottoporre la

⁶⁷ Cfr. C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV. *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1582.

⁶⁸ Corte cost., sentenza n. 245/2007.

⁶⁹ Corte cost., sentenza n. 220/1995.

disciplina al cosiddetto «test di proporzionalità»⁷⁰. Esso esige l'idoneità dell'azione a raggiungere uno scopo legittimo, la sua necessità in assenza di misure meno restrittive e l'esclusione di un effetto eccessivo su altri interessi⁷¹. Da tale definizione è possibile individuare i tre criteri su cui si basa il giudizio di proporzionalità della norma e di conseguenza della sua legittimità; essi sono: la necessità, l'adeguatezza e l'idoneità della misura prescelta.

6.1. Necessarietà.

La necessità rappresenta la conformità dell'azione legislativa alla regola del mezzo più mite e cioè, l'obbligo di mettere a confronto le misure ritenute idonee e orientare la scelta sulla soluzione comportante il raggiungimento dell'obiettivo attraverso il minimo sacrificio degli interessi incisi dal provvedimento⁷².

Esso implica che l'azione del legislatore deve essere immune da censure sul piano della logica e della congruità, aderente ai dati di fatto e agli interessi emersi nel corso dell'istruttoria, coerente con le premesse ed i criteri fissati dal legislatore stesso.

Con riguardo alla disciplina della certificazione verde COVID-19 la normativa emergenziale è la cornice entro cui si sviluppa. In particolare, la dichiarazione dell'Organizzazione mondiale della sanità dell'11 marzo 2020, con la quale l'epidemia da COVID-19 è stata valutata come «pandemia» in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale, è posta come ridondante presupposto la cui concretizzazione soprattutto nell'adozione degli ultimi decreti-legge non è specificata.

Non sono richiamati dati tecnici o scientifici, ma semplicemente il protrarsi di una

⁷⁰ Corte cost., sentenza n. 1130/1988, v. anche F. Scalia, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, n. 32/2021, p. 192 ss.

⁷¹ Cfr. Corte di Giustizia, 25 aprile 2013, causa T-526/10, secondo cui «per quanto riguarda la pretesa violazione del principio di proporzionalità, occorre rammentare che emerge da una giurisprudenza costante che quest'ultimo esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione non superino i limiti di quanto è opportuno e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure idonee, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti».

⁷² Si veda in proposito F. Nicotra, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017, p. 14, V. Baldini, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, pp. 136 ss.

situazione d'emergenza dichiarata l'11 marzo 2021 che rende il contesto «attuale rischioso».

Gli ultimi decreti-leggi, tra cui il n. 172/2021, che inserisce un fattore di discriminazione tra la certificazione verde stessa e tra i suoi possessori, non sono basati su alcun avviso scientifico, ma solamente su normative precedenti e sulla dichiarazione OMS risalente ad un anno fa. Le situazioni di pregiudizio, come si legge nelle premesse sono definite «possibili» ed il contesto «rischioso». Non si ha riguardo ad una situazione specifica di emergenza⁷³ che richiede un intervento tempestivo ed efficace, ma ad una mera “presunzione di pericolosità sanitaria”⁷⁴ che rende lo stesso soggetto potenzialmente pericoloso. Emblematico e riconoscibile è dunque l'inversione del paradigma sociale per cui l'eccezione (il rischio e il pericolo)⁷⁵ diviene la base di definizione della *nuova normalità*, in cui vige una presunzione, non connessa a fattori specifici contestuali, ma solo appartenenti ad un passato e futuro potenziale⁷⁶ che rendono l'individuo per il semplice fatto di essere vivente pericoloso per gli altri soggetti. Ciò è quanto, ad oggi, sembrerebbe legittimare l'obbligo collettivo e generalizzato di sottoporsi a trattamenti sanitari obbligatori con la conseguente compressione della libera scelta del singolo e la sua deresponsabilizzazione.

Il fattore di rischi indeterminabile anche per lo stesso legislatore si assume quale presupposto generale che limita e ripudia la *bontà* del soggetto e delle sue scelte nei

⁷³ Sottolinea M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020, p. 7, che nel nostro ordinamento «l'emergenza» è uno specifico istituto giuridico (che non può confondersi con la guerra, l'eccezione, lo stato d'assedio, etc.), del quale il diritto positivo, al di là delle sue determinazioni teorico-generalistiche, definisce i presupposti (art. 1 e 7 del Codice [della Protezione civile]), le conseguenze giuridiche (in particolare, artt. 24 e 25) e limiti temporali (art. 24, comma 3)».

⁷⁴ In tal senso ben si comprende come la presunzione coincida con la deriva verso uno stato di *prevenzione* come una delle possibili declinazioni operative dello stato d'eccezione. (Cfr. V. Baldini, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, cit., p.145).

⁷⁵ Sul punto si riprendono le definizioni di N. Luhmann secondo cui il rischio è in questo senso un elemento caratteristico della società moderna che ne sfida gli stessi meccanismi istituzionali. Luhmann sottolinea anche la distinzione tra rischio e pericolo: cioè tra quei rischi che appaiono passibili di controllo da parte dell'uomo e quelli che sembrano invece eccedere le capacità operative. Cfr. M. Bucchi, *La salute e il rischio*, in M. Bucchi e F. Feresini (a cura di), *Sociologia della Salute*, Roma, 2001, p. 182.

⁷⁶ In merito R. De Giorgi, *Il diritto nella società del rischio*, in *Revista opiniaa juridica*, n. 5/2005, p. 398, individua nella temporalità della società attuale dei limiti intrinseci legati alla dimensione del rischio che la caratterizza, che rende acuto il problema del presente, ma anche la questione del futuro. “Il presente non può più occultare il suo paradosso costitutivo che lo rende un tempo che non ha tempo. Il presente acquista il carattere di un valore limite che marca la differenza tra futuro e passato. Allo stesso modo, il futuro, la dimensione temporale di ciò che può essere altro, pone continuamente il presente di fronte alla necessità di disporre di vincoli che delimitino la possibilità dell'essere altro, che lo rendono oggetto di aspettativa in modo che, qualunque evento accada, si sappia come agire”.

confronti della collettività. È obbligo del soggetto, infatti, fornire la “prova contraria”⁷⁷, ovvero l’attestazione del proprio stato di salute tramite gli strumenti⁷⁸ indicati, senza i quali non è possibile accedere alle attività che incidono direttamente sulla soddisfazione dei propri bisogni primari⁷⁹.

Introdurre tali misure fortemente limitative avendo come presupposto il rischio da prevenire, in un ambiente globale da tempo definibile dai sociologi come società del rischio⁸⁰ appare configurarsi come un mezzo azzardato che ristorerebbe fittiziamente il “grado di sicurezza tollerabile”⁸¹ rendendo di fatto il soggetto incapace di equilibrare la propria coscienza e scienza all’interno di un mondo globalizzato di per sé portatore di rischi.

⁷⁷ Ciò non è altro che il frutto dell’odierno ordinamento d’emergenza caratterizzato dalla surroga dell’istanza generale di libertà con quella di autorità, i cui effetti consistono nella generale e (per lungo tempo) assoluta limitazione di diritti costituzionali, nella *concessione* di frammenti di libertà da parte dello stesso potere pubblico, nella realizzazione di una condizione di generale sorveglianza da parte delle forze dell’ordine a cui l’intera comunità nazionale è stata sottoposta. Tanto corrisponde senz’altro e in modo coerente alla logica funzionale della prevenzione che ha riguardo in modo esclusivo al contrasto al rischio astratto e ipotetico ed a cui pertiene, dunque, l’inesistenza di limiti al perseguimento dello scopo ideale “mai raggiungibile” (Cfr. V. Baldini, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all’emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, cit., p.145).

⁷⁸ Tra gli strumenti utilizzati per fornire *prova contraria* si annovera la certificazione verde Covid-19, ma anche la misurazione della temperatura corporea.

⁷⁹ Si fa espresso riferimento alla piramide delineata da A. Maslow, nel suo libro *Motivation and Personality* del 1954, in cui riconosce come bisogni primari i bisogni fisiologici legati alla sopravvivenza dell’individuo (fame, sete, riproduzione, ecc.) che devono essere soddisfatti per poter ‘pensare’ ad altro; al successivo gradino sono posti i bisogni di sicurezza. (V. G. Martino, *I bisogni e le motivazioni al tempo che verrà, dopo il Coronavirus*, in *Amministrazione in cammino*, 19 giugno 2020, p. 2). L’introduzione della certificazione verde COVID-19 giustificata da un’esigenza di sicurezza (2° gradino nella piramide di Maslow) implica una totale restrizione dei bisogni primari dei soggetti (1° gradino nella piramide di Maslow) se ne deduce pertanto un’irragionevolezza di base dello strumento introdotto.

⁸⁰ Molti sociologi si sono espressi in merito tra cui si ricorda A. Giddens che osserva uno stretto legame tra la globalizzazione e il rischio e in particolare per quanto riguarda l’ascesa di quello che egli descrive come rischio preconfezionato; e U. Beck secondo cui la globalità comporta una crescente consapevolezza dei pericoli globali. Per approfondire si veda G. Ritzer, *Teoria sociologica. Radici e sfide contemporanee*, Milano, 2014, pp. 381 ss.

⁸¹ In merito è ormai noto come l’insicurezza moderna non sarebbe l’assenza di protezioni, ma piuttosto il loro rovescio: la loro ombra proiettata in un universo sociale che si è organizzato attorno a una richiesta senza fine di protezioni o attorno a una travolgente richiesta di sicurezza. L’insicurezza verrebbe così creata proprio dalla ricerca delle protezioni, per la buona ragione che il sentimento di insicurezza non è dato immediato della coscienza. L’insicurezza è in larga misura il rovescio di una medaglia che garantisce la sicurezza, e questo per due ragioni. In primo luogo, perché i programmi di protezione non potendo mai essere realizzati pienamente producono delusione e perfino risentimento. In secondo luogo, il loro successo, anche relativo, pur dominando i rischi ne fa emergere di nuovi. Cfr. con R. Castel, *L’insicurezza sociale. Cosa significa essere protetti?*, Torino, 2004.

6.2. Idoneità.

Restringendo l'analisi dal globale al particolare dei singoli mezzi preposti dal legislatore per il raggiungimento dei fini è opportuno accertare la sussistenza del requisito dell'idoneità. Sulla base di tale criterio vanno scartate tutte le misure che non sono in grado di realizzare il fine; la valutazione concernente l'idoneità va effettuata dunque in termini di *coerenza*.

Per quanto attiene alle finalità individuate⁸², non è noto l'iter logico che collega il possesso della certificazione verde COVID-19 alle altre misure di contenimento del virus e nemmeno alla possibilità di prevenzione del contagio. Attualmente la certificazione non ha particolari riflessi nei confronti delle altre norme di contenimento che risultano tutt'ora essere in vigore anche dopo l'adozione del decreto-legge n. 172/2021.

Rispetto alla prevenzione della malattia invece, si può osservare come i differenti presupposti di rilascio della certificazione verde COVID-19 siano caratterizzati da diversi indici di affidabilità.

Per quanto riguarda i test molecolari ed antigenici, la letteratura scientifica ha indicato valori differenti di sensibilità, sulla base dei quali ha indirizzato il loro utilizzo. La *Nota tecnica ad interim. Test di laboratorio su SARS-COV-2 e il loro uso in sanità pubblica* del 23 ottobre 2020 del Ministero della Salute e dell'Istituto Superiore della Sanità dichiara che – per carenza di studi pubblicati a fronte di contesti specifici e di una ampia casistica – allo stato attuale, i dati disponibili dei vari test sono quelli indicati dal produttore: 70-86% per la sensibilità e 95-97% per la specificità⁸³.

Diversi rilevamenti si hanno invece per i test molecolari, il cui utilizzo è consigliato in caso di presenza di sintomi. I dati raccolti⁸⁴ infatti, variano e differiscono di sensibilità tra i soggetti pre-sintomatici (34,1%) e sintomatici (88,1%), relativamente all'efficacia invece

⁸² Le finalità espresse dalla norma possono essere sintetizzate nelle seguenti espressioni: «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza», «al fine di prevenire la diffusione dell'infezione SARS-CoV-2».

⁸³ V. *Nota tecnica ad interim. Test di laboratorio per SARS-CoV-2 e loro uso in sanità pubblica*, 23 ottobre 2020, in www.iss.it, p. 8.

⁸⁴ J. Dinnes e J.J. Deeks, *Rapid point-of-care antigen and molecular based tests for diagnosis of SARS-COV-2 infection*, in *Cochrane Database Systematic Reviews*, 24 marzo 2021. Per altri studi v. G. Turcato e A. Zaboli, *Rapid antigen test to identify COVID-19 infected patients with and without symptoms admitted to the Emergency Department*, in *American Journal of Emergency Medicine*, 22 ottobre 2021.

quella dei test molecolari risulterebbe superiore, quasi al 99%.

Lo strumento del tampone pertanto potrebbe essere identificato come un mezzo, almeno formalmente, atto a prevenire la diffusione della malattia.

Le medesime conclusioni non risultano essere invece valide per i soggetti sottoposti alla profilassi vaccinale. Come è ormai noto e specificato nei report dell'Istituto Superiore della Sanità⁸⁵ la condizione di *sicurezza* attestata dal certificato verde Covid-19 non si riferisce ad un esame diagnostico di negatività, ma è rilevata sulla base di dati statistici e previsioni stante la non ancora attestabile certezza della loro efficacia non solo nel proteggere, ma anche nel ridurre il grado di contagiosità⁸⁶. I recenti rilievi circa una ridotta efficacia nel tempo⁸⁷ del ciclo vaccinale e la necessità di sottoporsi ad ulteriori dosi di richiamo sono dati di fatto pacifici che suscitano perplessità circa il grado di efficacia di tale misura che dovrebbe giustificare non solo la situazione di favor concessa ai soggetti che si sono sottoposti all'iter vaccinale previsto dall'art. 3-ter, d.l. n. 52/2021, ma altresì le restrizioni imposte⁸⁸ ai soggetti che liberamente scelgono di non assoggettarsi a tale trattamento.

Dato che il giudizio sull'idoneità del provvedimento è di tipo prognostico, da effettuarsi *ex ante*, e va riferito alla potenziale efficacia del provvedimento adottato o da attuarsi, si può riscontrare che, sulla base dei rilievi attuali non può essere accertata la congruenza del mezzo rispetto ai fini che, seppur benevoli, non possono essere raggiunti senza che preventivamente sia effettuata una valutazione razionale sul mezzo da introdurre, fermo il fatto che questa deve non solo permettere il raggiungimento degli obiettivi, ma anche garantire il minor sacrificio degli interessi incisi dal provvedimento.

⁸⁵ Cfr. Istituto Superiore della Sanità, *Report n. 4, Impatto della vaccinazione COVID-19 sul rischio di infezione da SARS-CoV-2 e successivo ricovero e decesso in Italia*, in *www.iss.it*, 30 settembre 2021, p. 20.

⁸⁶ Nelle stesse FAQ pubblicate sul sito dell'ISS si specifica infatti che “*anche dopo essersi sottoposti alla vaccinazione bisogna continuare a osservare misure di protezione nei confronti degli altri, come la mascherina, il distanziamento sociale e il lavaggio accurato delle mani. Ciò sarà necessario finché i dati sull'immunizzazione non mostreranno con certezza che oltre a proteggere sé stessi il vaccino impedisce anche la trasmissione del virus ad altri*”.

⁸⁷ V. A.B. COHN, C.C. MURPHY, A.W. WALLACE, *SARS-CoV-2 vaccine protection and deaths among US veterans during 2021*, in *Scienze*, 4 novembre 2021; Istituto Superiore della Sanità, *Epidemia COVID-29. Aggiornamento nazionale*, 10 novembre 2021, p. 21, Agenzia Italiana del Farmaco, *Comunicato n. 670*, 3 novembre 2021.

⁸⁸ V. In particolare l'art. 6 del decreto-legge n. 172 del 2021.

6.3. Gradualità e plausibilità degli effetti.

L'ultimo aspetto da considerare concernente il principio di proporzionalità riguarda l'adeguatezza della misura adottata ovvero la sua tollerabilità⁸⁹ da parte del soggetto. Identificare il mezzo come adeguato implica riconoscere che i suoi effetti siano congrui rispetto al fine e plausibili rispetto al soggetto a cui sono rivolti. Gli effetti riconoscibili e prevedibili della certificazione verde COVID-19 si descrivono per coloro che non aderiscono in una condizione ostativa all'accesso degli ambienti indicati che si traduce nell'impossibilità di usufruire di servizi ad essi connesse e di fornire la prestazione lavorativa, nonché per coloro che vi aderiscono in una limitazione della libertà confinata alla scelta tra il sottoporsi alla profilassi vaccinale o all'esame diagnostico dei test antigenici rapidi o molecolari, per quanto riguarda la sola attività lavorativa, mentre per le restanti attività ludiche, sociali e formative la libertà si confonde nell'obbligo vaccinale. L'unico ristretto spazio interstiziale di *libertà di scelta*, limitato allo svolgimento dell'attività lavorativa per le sole categorie che non soggiacciono all'obbligo vaccinale, è destinato a scomparire se si analizza con maggior precisione l'alternativa delle condizioni poste *ex art. 9, d.l. n. 52/2021*.

L'accertamento diagnostico mediante test molecolare o test antigenico rapido è infatti reso gravoso in ragione della ripetitività e della frequenza a cui il soggetto deve sottoporsi ed al costo che lo stesso deve sostenere. Al contrario, nonostante la dimostrata minor efficacia delle vaccinazioni rispetto ai fini dedotti nella stessa normativa il soggetto che sceglie spontaneamente di aderire alla campagna di vaccinazione Anti SARS-COV-2 gode di benefici di gran lunga superiori rispetto a chi sceglie di sottoporsi ripetutamente ai test diagnostici antigenici rapidi o molecolari. Con riferimento agli effetti che tale disciplina comporta, alla luce della condizione di favore riconosciute ad un soggetto vaccinato che gode della certificazione verde per un periodo limitato di 9 mesi e che può accedere a servizi e svolgere attività sociali oltre a quelle necessarie per il lavoro, non pare scorretto ritenere che l'impiego della certificazione verde COVID-19 corrisponda alla previsione di

⁸⁹ Il sacrificio per essere adeguato deve essere tollerabile e non eccessivo rispetto ai benefici pubblici per il quale lo stesso è attuato. Sul punto v. anche D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, p. 395.

un obbligo vaccinale surrettizio. Le disposizioni imponendo incisive limitazioni all'esercizio delle attività lavorative e sociali e conseguenze economiche si configurano come un mezzo indiretto, ma efficace per coartare la libera determinazione dei soggetti nel senso di indurli a sottoporsi al trattamento di profilassi vaccinale. Ne consegue che, la normativa si pone in netto contrasto con l'art. 32, c. 2, Cost. e con il principio di ragionevolezza non rispondendo di fatto alla finalità per la quale è stata adottata⁹⁰.

7. Lo spazio interstiziale della libera scelta: tra dovere di solidarietà ed autodeterminazione.

Non sono mancati indirizzi che si allontanano da quanto fin qui esposto da parte di coloro che ritengono superabile la riserva di legge assoluta stabilita dall'art. 32, c. 2 Cost. sulla base anche solo di clausole generali poste a tutela della sicurezza e sanità pubblica già presenti nell'ordinamento⁹¹ oppure non la ritengono vincolante nel caso in esame in quanto risulta garantita dallo strumento della certificazione verde COVID-19 la libertà di scelta del singolo ovvero la ritengono sacrificabile in nome dei doveri di solidarietà sociale ai sensi dell'art. 2 Cost⁹².

Il primo classico elemento brandito dalla difesa è che l'adozione della certificazione verde tuteli in ultimo la libera scelta del singolo soggetto concedendo l'alternativa tra il sottoporsi al test molecolare o antigenico rapido o alla profilassi vaccinale; altresì gli oneri imposti ed i conseguenti divieti nel caso si propenda per il sottoporsi ai test diagnostici risultano

⁹⁰ In merito si cita la sentenza della Corte cost., n. 14/1964, secondo cui «per potere affermare che la legge denunciata non risponda a fini di utilità generale bisognerebbe che risultasse: che l'organo legislativo non abbia compiuto un apprezzamento di tali fini e dei mezzi per raggiungerli o che questo apprezzamento sia stato inficiato da criteri illogici, arbitrari o contraddittori ovvero che l'apprezzamento stesso si manifesti in palese contrasto con i presupposti di fatto. Ci sarebbe anche vizio di legittimità se si accertasse che la legge abbia predisposto mezzi assolutamente inadeguati o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire ovvero se risultasse che gli organi legislativi si siano serviti della legge per realizzare una finalità diversa da quella di utilità generale che la norma costituzionale addita».

⁹¹ Cfr. R. Bin *Replica al documento anti green-pass pubblicato da Questione giustizia*, in *Lacostituzione.info*, 9 agosto 2021; P. Ichino, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo se un contratto di diritto privato*, in *Lavori, diritto Europa*, n. 1/2021.

⁹² Cfr. R. Rivero, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questione Giustizia*, 18 gennaio 2021; L. Taschini, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavori, diritto Europa*, n. 2/2021; M. Basili, A. Maresca, R. Rivero e P. Sordi, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato. Intervista di Marcello Basilico a Arturo Maresca, Roberto Rivero, Paolo Sordi, Lorenzo Zoppoli*, in *Giustizia Insieme*, 22 gennaio 2021.

giustificati da una finalità superiore e benevola quella di indurre coscientemente e consapevolmente i soggetti a sottoporsi al ciclo vaccinale. Come già esposto, tale affermazione è erronea in quanto l'onere soprattutto economico non è sostenibile dal medio cittadino italiano⁹³ che si ritroverebbe privato di buona parte dello stipendio senza riuscire a provvedere ai bisogni primari ed in ogni caso anche qualora per un soggetto il costo sarebbe tollerabile, con l'introduzione del d.l. n.172/2021, non potrebbe accedere ad una serie di servizi ed attività riservate espressamente solo a soggetti guariti o vaccinati.

Anche a livello teorico l'alternatività tra le due condizioni di rilascio non può soddisfare il requisito della scelta di autodeterminazione di sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario; essa difatti impone che l'esercizio del libero arbitrio tra A e B ("libertà di")⁹⁴ sia effettivo e perciò occorre che l'ordine esterno delle cose consenta tanto la realizzazione di A quanto la realizzazione di B; ciò significa che non deve essere già predeterminato che si verifichi A anziché B. Questa possibilità non viene soddisfatta dalla fattispecie in esame, dato che l'effettiva realizzazione delle due alternative non è priva di condizionamenti che combinandosi con altri elementi di realtà, annullano la realizzazione della doppia opzione. Non può dunque trovare accoglienza la giustificazione del mezzo migliore che contemperi sia la libera scelta che la *necessità* di assoggettarsi alla vaccinazione in quanto sia sul piano logico che fattuale il libero arbitrio è inglobato in ciò che i più moderati potrebbero

⁹³ Effettuando un breve calcolo si può rilevare che il costo per molte famiglie appare essere insostenibile. Secondo i dati pubblicati dall'INPS, *Statistiche in breve. Osservatorio sui lavoratori dipendenti del settore privato*, novembre 2021; riferibili all'anno 2020, la retribuzione media annua degli operai ammonta a euro 14.775,00 (mensile euro 1.231,25) e quella degli impiegati ammonta a euro 23.965,00 (mensile euro 1997,08). Assumendo come costo minimo del test rapido antigenico 15 euro, si dovrebbe stimare un numero minimo di 12 test per lo svolgimento di un'attività lavorativa articolata su cinque giorni la settimana, di conseguenza la spesa mensile ammonterebbe a 180 euro mensili. L'onere della spesa minima mensile stimata corrisponde a quasi un decimo della retribuzione. Nel caso di retribuzioni inferiori o in cui il soggetto debba garantire un adeguato sostentamento a sé ed alla sua famiglia si comprende come tale costo sia insostenibile e per poter lavorare l'unica strada percorribile risulta quello di sottoporsi alla pratica vaccinale.

⁹⁴ Il riferimento è alla teoria dei "due concetti di verità" di Isaiah Berlin. Secondo il filosofo sono distinguibili due tipi di libertà: la libertà negativa, (libertà di) che consiste nel non essere impediti nel fare qualcosa, dall'altro quella positiva (libertà da qualsiasi coercizione interna), che può essere intesa sia come autocontrollo, sia come la capacità di agire in accordo con quel che richiede la ragione. Egli le individua in quanto rispondenti a diversi aspetti in particolare sostiene che "*To coerce a man is to deprive him of freedom - freedom of what? ... I propose to examine no more than two of these senses - but they are central ones, with a great deal of human history behind them, and, I dare say, still to come. The first of these political senses of freedom or liberty (I shall use both words to mean the same), which (following much precedent) I shall call the "negative" sense, is involved in the answer to the question "What is the area within which the subject - a person or group of persons - is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons?"*. The second, which I shall call the "positive" sense, is involved in the answer to the question "*What, or who, is the source of control or interference that can determine someone to do, or be, this rather than that?*" (I. Berlin, *Two concept of liberty*, Oxford, 2002, pp. 168-169).

riconoscere come una pratica di coazione benigna⁹⁵. L'espressione utilizzata si riferisce alle pratiche che si inseriscono in un progetto non generale, non gratuite in termini di conseguenze, ma necessarie per il mantenimento della sicurezza sociale, erogate in maniera umana e non crudele.

In tal senso l'esigenza di imporre la profilassi vaccinale *quale unica soluzione per fuoriuscire dallo stato di pandemia* si inquadra nell'imposizione di un dovere inderogabile di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* e pertanto, stante la violazione della riserva di legge assoluta in alcun modo non sanabile se non con l'adozione di una legge formale che imponga l'obbligo vaccinale, nel merito del suo contenuto la certificazione verde COVID-19 e di conseguenza il suo effetto indiretto nel coartare il soggetto a sottoporsi alla vaccinazione, non potrebbero essere censurati in quanto diretta attuazione del principio di solidarietà che riconosce la libertà, ma nel contempo richiede responsabilità al soggetto. Il principio di solidarietà, quale "base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione"⁹⁶, mette in guardia dalla visione assolutizzante unidirezionale e riduttivistica del diritto alla salute quale appannaggio esclusivo dell'individuo insensibile al benessere della collettività e richiama il singolo ad adeguarsi consapevolmente a quanto imposto ai fini della tutela non solo della collettività, ma anche dei soggetti più fragili⁹⁷. Ecco che, secondo tale impostazione elaborata dalla giurisprudenza, l'obbligo del possesso della certificazione verde COVID-19 e il suo effetto indiretto dell'obbligo vaccinale potrebbe iscriversi in ciò che Spinoza definisce come libertà necessaria⁹⁸ "propria di un soggetto che agisce mosso da un principio di razionalità assoluta". Colui che agisce privo di condizionamenti interni, agisce seguendo una necessità che rispecchia l'ordine necessario del mondo: non è costretto ma obbedisce ad un principio necessario dell'azione, essendo in tal modo libero in quanto la forza che lo condiziona è identica alla sua stessa soggettività che lo richiama naturalmente al rispetto dei doveri civili posti a tutela della

⁹⁵ Il termine è stato coniato da G. Brandi, *La coazione benigna a servizio della salute e della sicurezza in Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3/2013, p. 9.

⁹⁶ Corte cost., sentenza n. 75/1992.

⁹⁷ V. Consiglio di Stato, sentenza n. 7045/2021, §30.8 e 30.9.

⁹⁸ Si riprende in merito il concetto di *libertà da costrizione esterne* affini a Spinoza. Secondo l'autore la libertà non consiste in una libertà di agire in un modo piuttosto che in un altro, ma di obbedire alla propria natura, ancorché quest'ultima sia necessaria e fedele per partecipare alla Sostanza (a Dio). In questo senso la libertà non si oppone alla necessità, ma alla coazione, alla costrizione ovvero l'esser necessitati da altro. "Si dice libera quella cosa che esiste per la sola necessità della propria natura, e che da sé sola è determinata ad agire. Si dice invece necessaria, o piuttosto coatta, quella che è determinata da altro ad esistere e ad agire, in una certa e determinata maniera" (B. Spinoza, *Etica e Trattato teologico-politico*, Torino, 1988, p. 85).

sopravvivenza stessa dell'uomo e della comunità in cui opera.

Di fatto, se quanto descritto fosse verificato e soddisfatto la sproporzione tra libertà di autodeterminazione e adempimento di un dovere sociale, fin qui sostenuta verrebbe ad estinguersi per confusione.

Tuttavia, residuano nell'analisi due elementi certi propri dell'oggetto dell'obbligo vaccinale di fatto imposto che annullano la coincidenza tra libertà e necessità e rendono non coercibile in nome di un'ipotetica solidarietà la profilassi vaccinale anti SARS-CoV-2.

Si tratta degli effetti attualmente non noti e di conseguenza non misurabili e dell'irreversibilità del trattamento sanitario. È fisiologico, essendo la profilassi vaccinale imposta un farmaco di nuova generazione operante nei confronti di una nuova patologia, che gli effetti e le ipotetiche reazioni collaterali, causate dalla sua somministrazione, nel medio e nel lungo periodo non siano ancora definibili in modo chiaro.

Imporre la somministrazione del vaccino anti-SARS-CoV-2, come sta accadendo di fatto con l'estensione del possesso della certificazione verde COVID-19 ai quotidiani ambiti della vita del singolo soggetto, significa circoscrivere la valutazione all'istante attuale imponendo al soggetto di assumersi eventuali rischi futuri in forza dell'accettazione di un *male* che sulla base di dati incompleti si prefigura ad oggi come minore, ma domani, sulla base di altre risultanze e del completamento degli studi ordinari⁹⁹ potrebbe essere definito diversamente. Ne consegue che, le rilevazioni farraginose relative alla terapia da somministrare ad oggi note non permettono di fornire gli estremi necessari al giurista per effettuare il doveroso bilanciamento che porterebbe all'introduzione eventuale della somministrazione obbligatoria della profilassi vaccinale, ad esempio non permettono di delineare l'oggetto stesso della coercizione non essendo descrivibili né gli effetti, né la durata¹⁰⁰ di tale pratica a cui l'individuo si dovrebbe sottoporre. La non sufficienza delle

⁹⁹ “Si ricorda che le autorizzazioni rilasciate dall' EMA, sono provvisorie e condizionate così come stabilite dal Reg. 507/2006. Dal Reg. 507/2006, emerge con chiarezza (it is likely that the applicant will be able to provide comprehensive data post-authorisation) che gli accertamenti tecnici che stanno alla base di queste autorizzazioni sono sempre e comunque accertamenti di carattere parziale e provvisorio, perché costruiti su dati per definizione incompleti, ma “it is likely that the applicant will be able to provide comprehensive data post-authorisation”. Si tratta dunque di dati provvisori, in continuo aggiornamento, e perciò instabili perché suscettibili di revisione sulla base delle evidenze empiriche via via raccolte”. Sul punto Cfr. A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, pp. 432 ss.

¹⁰⁰ Circa la durata dell'efficacia del vaccino somministrato i dati non sono ancora univoci. Secondo l'Istituto Superiore della Sanità, *Report n. 78, Monitoraggio fase 2*, in *ivwww.iss.it*, 10 novembre 2021 l'efficacia del

risultanze scientifiche non permette nemmeno di individuare la collettività da tutelare: ci si deve riferire solo ai soggetti attualmente vulnerabili e più esposti al male concreto della patologia o a coloro che in futuro potrebbero subire conseguenze altrettanto concrete di un assoggettamento globale ad un trattamento il cui accertamento scientifico per ovvie ragioni è solo ipotetico e prognostico?

Ben si comprende che, attualmente, non è possibile comprendere l'effettiva efficacia dello strumento e di conseguenza la tollerabilità del sacrificio richiesto a tutta la collettività per auto-protegersi. L'unico estremo del bilanciamento perfettamente descrivibile essendo un dato autoevidente è l'irreversibilità del trattamento sanitario che coniugato alla non misurabilità dei rischi sul lungo periodo, altro dato certo ed autoevidente, rendono lo strumento del bilanciamento ed il suo prodotto normativo al momento inadatto.

Si badi che l'irreversibilità degli effetti caduca l'ulteriore scriminante della disciplina relativa alla certificazione verde COVID-19 ovvero la sua temporaneità. L'applicazione dell'obbligo del possesso del certificato verde COVID-19 è difatti protratta fino «al termine di cessazione dello stato di emergenza»¹⁰¹ dichiarato dal Governo, anche trascurando il fatto che tale riferimento attiene ad una dimensione incerta indipendente da qualsiasi fattore di rischio oggettivo, la temporaneità della durata dell'obbligo è irrilevante in quanto gli effetti della somministrazione vaccinale sono irreversibili.

8. Nel rispetto della persona umana.

L'imposizione di una pratica sanitaria introdotta surrettiziamente tramite la certificazione verde COVID-19 non solo viola la riserva di legge assoluta *ex art.* 32, c. 2, cpv. 1, Cost.,

vaccino diminuirebbe drasticamente dopo sei mesi. La durata provvisoria della profilassi vaccinale è stata attestata a circa sei mesi anche da un recente studio A.B. Cohn, C.C. Murpy, A.W. Wallace, *SARS-CoV-2 vaccine protection and deaths among US veterans during 2021*, in *Scienze*, 4 novembre 2021. Alla luce degli odierni studi non si può pertanto stabilire non soltanto l'efficacia, ma anche la stessa durata dell'obbligo vaccinale data l'efficacia provvisoria e la necessità di sottoporsi a continui richiami, per i quali, tra l'altro, non è stata impostata alcun tipo di sperimentazione.

¹⁰¹ Lo stato di emergenza è stato dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri a far data dal 31 gennaio e fino al 31 luglio, ai sensi degli artt. 7, c. 1, lett. c) e 24, c. 1, d.lgs. n. 1/2018, prorogato sino al 15 ottobre 2020 con d.l. n. 83/2020, sino al 31 gennaio 2021 con Delibera del Consiglio dei Ministri, sino al 30 aprile 2021 con d.l. n. 2/2021, sino al 31 luglio 2021 con Delibera del Consiglio dei Ministri del 21 aprile 2021, sino al 31 dicembre 2021 con d.l. n. 105/2021 ed attualmente esteso fino al 31 marzo 2022 con un ulteriore decreto-legge approvato nella seduta del Cdm n. 51 del 14 dicembre 2021.

ma si pone in netto contrasto anche con il successivo divieto per cui «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Dalla lettura della disposizione sembrerebbe che un nucleo resta escluso dalla discrezionalità del legislatore, quale limite incompressibile, fulcro dell'ordinamento costituzionale. L'art. 32, c. 2, Cost. è una norma di divieto che circoscrive l'operazione di bilanciamento entro il confine del «rispetto della persona umana». La disposizione in oggetto è stata pensata ed approvata esplicitamente con la finalità di «vietare che la legge per considerazioni di carattere generale di mala intesa degli interessi collettivi disponga un trattamento del genere»¹⁰² ovvero contrario alla dignità umana. Ciò è quanto si deduce dai verbali dell'adunanza plenaria del 28 gennaio 1947 della stessa Assemblea Costituente, in cui il fautore dell'emendamento, Moro, ne promuove la sua necessità proprio per impedire la legittimazione a pratiche di sterilizzazione o ad altri trattamenti contrari alla dignità umana, non con questo escludendo la possibilità al soggetto di sottoporsi volontariamente, ma vietando al legislatore di andare oltre la propria sfera di competenza anche qualora questi siano previsti come “essenziali”¹⁰³. Rispetto all'obbligo di sottoporsi al vaccino anti-SARS-CoV-2 la similitudine con terapie di sterilizzazione non pare azzardata essendo entrambi i trattamenti irreversibili.

Ecco che, sulla base di tali connotazioni che caratterizzano la terapia il cui obbligo è introdotto surrettiziamente con la certificazione verde COVID-19, deve essere escluso l'intervento coercitivo del legislatore, esso si tradurrebbe nel sorpassare il limite imposto che non ammette deroghe né eccezioni¹⁰⁴. Perlomeno fino al raggiungimento di rilievi

¹⁰² Cfr. Assemblea costituente, *Resoconto sommario della seduta di martedì 28 gennaio 1947*. Moro sul punto è chiaro, infatti, nel presentare in sede d'Assemblea l'emendamento dichiara che con il presente “non si vuole escludere il consenso del singolo a determinate pratiche sanitarie che si rendessero necessarie in seguito alle sue condizioni di salute, ma soltanto vietare che la legge per considerazioni di carattere generale e di mala intesa tutela degli interessi collettivi, disponga un trattamento del genere. I casi invece di carattere generale da applicarsi a tutti i cittadini devono essere disposti per legge entro quei determinati limiti di rispetto della dignità umana”.

¹⁰³ In merito si ricorda la posizione di Nobile, contrario all'emendamento, insiste nel sostenere che “non è possibile porre un limite rigoroso al legislatore, e che occorre ammettere possibilità di deroga. Bisogna ad esempio considerare se nel caso di gravi forme di pazzia ereditaria la legge non abbia il dovere di prevenire misure sanitarie atte ad impedire che siano messi al mondo degli infelici con certezza del terribile male”.

¹⁰⁴ Il limite espresso dal comma 2 dell'art. 32 Cost. “contrariamente a quel che si può credere, segna un limite esplicito anche alla possibilità di bilanciare i ‘diritti’ e ‘doveri’ da parte della giurisprudenza costituzionale. Insomma, è difficile credere che si possa bilanciare una norma come ‘La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione’. La forma repubblicana, nel suo significato minimale, di divieto espresso alla restaurazione della Monarchia, o la si rivede o la si viola. E se la si rivede, la si viola. Non c'è bilanciamento possibile qui. Allo stesso modo è difficile credere che si possa bilanciare una norma come ‘La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana’. Come si bilancia una norma di divieto

scientifici certi che delineano e definiscano l'an ed il *quantum* dell'oggetto del trattamento sanitario e del suo eventuale obbligo, l'assoggettamento a tale terapia deve essere riservata alla libera scelta del singolo, esercitabile nella sua totalità priva di condizionamenti ed induzioni indirette e sibilline.

Il confine previsto dall'art. 32 della dignità umana non è superabile in alcun modo, né si può interpretare, come definito del Consiglio di Stato quale "espressione diretta del diritto di autodeterminazione"¹⁰⁵ e dunque come interesse bilanciabile.

Al contrario, la dignità permea di sé l'intero Patto costituzionale, legandosi ad altri principi che caratterizzano il Testo nella sua interezza, specialmente quelli personalisti di eguaglianza, ma non è essa stessa i principi di cui è espressione, questi sono fattori ricavabili e tutelabili giuridicamente, mentre la dignità non è di per sé inscrivibile nella dimensione giuridica dello stato democratico pluralista di diritto in quanto essa stessa è il suo fondamento¹⁰⁶.

Attiene alla dimensione interiore, non del genere umano, ma dell'essere umano concepito ontologicamente in rapporto con Dio e con il mondo¹⁰⁷. Si riferisce a quanto preannunciato nelle premesse, alla condizione umana di bisogno che apre ad un dialogo incessante con e per la vita. Il continuo paragone con tutto il desiderio di pienezza che l'uomo ha conduce alla riscoperta di sé e dell'ordine delle cose naturalmente sacre.

È pertanto richiesto al potere pubblico che si esprime nella forma dello stato democratico pluralista, il mero riconoscimento e l'accettazione dell'essenza non coercibile dell'essere umano. Non si tratta di porre quale fondamento *super primario*¹⁰⁸ un sistema di valori o

che non ammette espressamente eccezioni o deroghe ('in nessun caso')?". (A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., p. 450).

¹⁰⁵ V. Consiglio di Stato, sentenza n. 7045/2021, §33. La qualificazione data dalla Corte di Cassazione pen., sentenza n. 26636/2002, della dignità umana è di senso opposto come «valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo» e «principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali [...] riconosciuta a ciascuna persona in ragione non solo della sua individualità ma, per la indicata dimensione sociale, anche della sua piena appartenenza al genere umano».

¹⁰⁶ Così A. Apostoli, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 3/2020, p. 539 ss.; V. Baldini, *La dignità umana tra approcci ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013.

¹⁰⁷ "Nell'uomo c'è un esistere più ricco e più elevato, una sopraesistenza spirituale nella conoscenza e nell'amore. [...] La persona umana, per dipendente che sia dai più piccoli accidenti della materia esiste per l'esistenza stessa della sua anima che domina il tempo e la morte. Dire che l'uomo è una persona è dire che nel fondo del suo essere esso è un tutto più che una parte, è più indipendente che servo. È questo il mistero della nostra natura che il pensiero religioso designa quando dice che la persona umana è l'immagine di Dio. [...] La persona umana ha una dignità assoluta perché è relazione diretta con l'assoluto nel quale solo può trovare il suo pieno compimento". (J. Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, cit., p. 6).

¹⁰⁸ Il termine è stato mutuato da A. Apostoli, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, cit., p. 540. L'autrice, infatti, sostiene che "a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale

uno standard di moralità a cui lo stato ed il medesimo soggetto devono adeguarsi, ma di riconoscere e normare la società seguendo il più profondo criterio di giudizio a disposizione dell'uomo che sorge dal continuo dialogo¹⁰⁹ con il Trascendente ovvero da “un'anima al cospetto di se stessa: infinita finita¹¹⁰”.

La violazione di tale dimensione della “sopraesistenza spirituale”¹¹¹, da parte dell'autorità politica determina la recessione del soggetto a mezzo rispetto ad un fine e l'interrompersi del rapporto di mutuo scambio consensuale e consapevole tra il potere e la dipendenza del soggetto caratterizzante una democrazia. Con l'attuale disciplina emergenziale si pongono dunque le basi per una nuova forma di stato che poggia le proprie fondamenta su un nuovo sistema di valori avulso da quanto intrinseco nella natura dell'uomo, che conduce non alla sua ricomposizione, ma ad una continua frammentazione.

Abstract: Il presente contributo mira ad indagare in termini generali il fenomeno della certificazione verde COVID-19 con l'ausilio dei tradizionali strumenti ordinamentali. Si rileva, durante il corso dell'analisi, l'impossibilità di inscrivere tale misura all'interno dei convenzionali binomi di significato e la necessità di aderire a nuovi assiomi avulsi dall'ordine costituzionale.

Abstract: The paper aims to analyze in general terms the phenomenon of Digital COVID Certificate through the use of traditional tools of law. It is noted, already on the definitional level, the impossibility of reading the instrument within the conventional binaries of meaning drawn from a democratic order, and the need to adhere to new axioms divorced from the current constitutional context.

Parole chiave: ordine democratico – linguaggio giuridico – ragionevolezza – libertà necessaria – rispetto della persona umana.

la dignità umana trova la propria dimensione giuridica facendo ingresso, in posizione ‘superprimaria’, nelle Costituzioni degli ordinamenti statuali, divenendo un ‘ineludibile denominatore comune’ grazie al quale è stato possibile creare «un nuovo statuto della persona e un nuovo quadro dei doveri costituzionali”.

¹⁰⁹ In merito appaiono affini le parole di H. Arendt, *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2004, p. 67, secondo la quale “il requisito per questo tipo di giudizio non è un'intelligenza altamente sviluppata o chissà quale malizia in faccende morali, ma semmai la predisposizione a vivere assieme a se stessi, ad avere rapporti con se stessi, cioè a impegnarsi in quel dialogo silente con se stessi che, sin dai tempi di Socrate e Platone, siamo soliti chiamare pensiero”.

¹¹⁰ E. Dickinson, 1965.

¹¹¹ L'espressione è ripresa da J. Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, cit., p. 4.

Key words: democratic order – legal language – reasonableness – necessary freedom – respect for the individual.