

La Costituzione può obbligare, ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo per incentivare la vaccinazione anti COVID-19 (cd. *green pass*)

LEONARDO BRUNETTI *

Sommario: 1. Introduzione: la normativa rilevante. – 2. Possibile contrasto con gli artt. 3, 17, 32 e 41 Cost. – 3. Cittadini, (non) pubblici ufficiali?

Data della pubblicazione sul sito: 22 settembre 2021

Suggerimento di citazione

L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare, ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo per incentivare la vaccinazione anti COVID-19 (cd. green pass)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico nell'Università cattolica del Sacro Cuore, Milano; docente di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze; avvocato del Foro di Bologna. Indirizzo mail: leonardo.brunetti@unifi.it.

1. Introduzione: la normativa rilevante

L'art. 3 D.L. 23 luglio 2021, n. 105¹, ha introdotto l'utilizzo della certificazione vaccinale (cd. *green pass*), prevedendo l'inserimento di un art. 9-*bis* al D.L. 22 aprile 2021, n. 52, conv. con mod., dalla L. 17 giugno 2021, n. 87².

Il nuovo art. 9-*bis* (Impiego certificazioni verdi COVID-19) dispone, letteralmente, che “1. A far data dal 6 agosto 2021, è consentito in zona bianca [ma, ai sensi del successivo co. 2, la stessa disposizione si applica anche nelle zone gialle, arancioni e rosse, laddove i servizi e le attività siano consentiti: ndr.] esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi COVID-19, di cui all'art. 9, co. 2³, l'accesso ai seguenti servizi e attività: a) servizi di ristorazione svolti da qualsiasi esercizio, di cui all'art. 4, per il consumo al tavolo, al chiuso; b) spettacoli aperti al pubblico, eventi e competizioni sportivi, di cui all'art. 5; c) musei, altri istituti e luoghi della cultura e mostre, di cui all'art. 5-*bis*; d) piscine, centri natatori, palestre, sport di squadra, centri benessere, anche all'interno di strutture ricettive, di cui all'art. 6, limitatamente alle attività al chiuso; e) sagre e fiere, convegni e congressi di cui all'art. 7; f) centri termali, parchi tematici e di

¹ In *G.U.*, *Serie generale*, del 23 luglio 2021, n. 175. Per un primo commento del decreto, si rinvia a A. CELOTTO, *Green pass in GU: fra diritti, obblighi e doveri*, in *Il Quotidiano giuridico*, 26 luglio 2021.

² Successivamente, il D.L. n. 111/2021, in *G.U.*, *Serie generale*, del 06 agosto 2021, n. 187 ha, ulteriormente, implementato tale obbligo, aggiungendo gli artt. 9-*ter* e 9-*quater* al D.L. n. 52/2021, cit., estendendo l'obbligo del cd. *green pass* alla scuola e all'università (art. 1) - le cui lezioni sono contestualmente previste in presenza, ma appunto alla condizione che “Dal 1° settembre 2021 e fino al 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza, al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione in presenza del servizio essenziale di istruzione, tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario, nonché gli studenti universitari, devono possedere e sono tenuti a esibire la certificazione verde COVID-19 di cui all'art. 9, co. 2” - ed ai trasporti a lunga percorrenza (art. 2). Pur tenendo in debita considerazione tale ultimo decreto, quando necessario - ciò che sarà opportunamente segnalato nel testo, o in nota -, il presente contributo è stato concepito e scritto nell'immediatezza del primo decreto: si è, perciò, scelto di limitare il presente contributo all'esame del solo, primo decreto n. 105/2021, cit.

³ Si tratta, in particolare, delle “certificazioni verdi COVID-19 [che] sono rilasciate al fine di attestare una delle seguenti condizioni: a) avvenuta vaccinazione anti-SARS-CoV-2, al termine del prescritto ciclo; b) avvenuta guarigione da COVID-19, con contestuale cessazione dell'isolamento prescritto in seguito ad infezione da SARS-CoV-2, disposta in ottemperanza ai criteri stabiliti con le circolari del Ministero della salute; c) effettuazione di test antigenico rapido o molecolare con esito negativo al virus SARS-CoV-2”: così l'art. 9, co. 2, D.L. n. 52/2021, cit.

divertimento; g) centri culturali, centri sociali e ricreativi, di cui all'art. 8-bis, co. 1, limitatamente alle attività al chiuso e con esclusione dei centri educativi per l'infanzia, compresi i centri estivi, e le relative attività di ristorazione; h) attività di sale gioco, sale scommesse, sale bingo e casinò, di cui all'art. 8-ter; i) concorsi pubblici.”

Prosegue il co. 4 della medesima disposizione prescrivendo che “I titolari o i gestori dei servizi e delle attività di cui al co. 1 sono tenuti a verificare che l'accesso ai predetti servizi e attività avvenga nel rispetto delle prescrizioni di cui al medesimo co. 1”. La sanzione prevista per la violazione di tali divieti di accesso è di natura non solo amministrativa pecuniaria (da 400 a 1000 euro a carico tanto dell'esercente quanto dell'utente trasgressore), ma anche interdittiva, essendo prevista la chiusura dell'esercizio nel caso in cui la violazione si ripeta per tre volte in giorni diversi (art. 4, co. 2, lett. e, D.L. n. 105/2021, cit.).

Un'autorevole dottrina si è espressa - se ben interpreto le sintetiche parole dell'Autore - per la piena legittimità di tale intervento normativo⁴.

Di contro, una nota esponente dell'opposizione parlamentare ha parlato, a proposito del green pass, di una logica del “ricatto”⁵.

⁴ S. CASSESE, intervista di G. PULETTI, *Cassese: “L'obbligo vaccinale è legittimo, lo dice la nostra Costituzione”*, in *Il dubbio*, 23 luglio 2021, ove il giurista sostiene - nella propria risposta alla seconda domanda - che “Il cd. *green pass* non comporta un obbligo generalizzato ma, come è stato osservato, costituisce un requisito o una idoneità. Così come si richiede la patente per poter guidare un'automobile in un luogo pubblico o aperto al pubblico, si richiede una vaccinazione e la relativa certificazione per poter frequentare cinema, discoteche, ristoranti, scuole.” L'Autore è, poi, tornato sul punto, ribadendo il parallelo con la patente di guida, sulle pagine de *Il messaggero*, del 14 agosto 2021. Nello stesso senso, anche l'autorevole opinione di U. DE SIERVO (e, almeno apparentemente, di G.M. FLICK), sulle pagine de *La Stampa* del 26 luglio 2021, nell'intervista di A. DI MATTEO, *I costituzionalisti danno il via libera: “La nostra Carta consente l'imposizione”*.

⁵ Mi riferisco al segretario del partito Fratelli d'Italia (Giorgia Meloni), che avrebbe dichiarato, il 9 giugno 2021: “Non permetteremo mai che il Green Pass nazionale diventi un metodo per ricattare i cittadini [...] L'idea di essere costretti ad avere un lasciapassare per partecipare alla vita sociale è raggelante”. La notizia è riportata da Ansa. Con toni molto diversi, tra gli accademici, A. MANGIA, intervista di FEDERICO FERRAÙ, *Obbligo vaccinale e green pass. “Moro contro Draghi, l'Europa sta con l'ex Dc”*, in *Il sussidiario.net*, 5 agosto 2021, pone l'accento su “quel pezzo di art. 32 che tutti si dimenticano di citare. E cioè quello che dice che, anche se opera con legge, il legislatore ‘non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana’”, ricordando “[l]’irreversibilità degli effetti di determinati trattamenti sanitari che possono essere disposti con legge”; in particolare, alla domanda sulla legittimità del *green pass*, l'Autore risponde, chiaramente, che “[f]inchè non viene impugnato, o disapplicato, come senz'altro finirà per essere, sì”; ma cfr., anche, l'intervista ad ID., *Obbligo vaccinale. Il giurista: basta una legge ma Draghi non lo farà*, ivi, 27 luglio 2021, in cui l'Autore sottolinea come “atti di disposizione del

Contro l'obbligo del green pass, sono intervenuti diversi giuristi - tra loro, non soltanto costituzionalisti -, in particolare dell'Osservatorio permanente per la legalità costituzionale⁶, che vede - condivisibilmente - nella misura "l'imposizione, surrettizia e indiretta, di un obbligo vaccinale"⁷, arrivando ad invocare - meno condivisibilmente, se il problema è, come sosterrò in questa sede, l'incostituzionalità della normativa - la disapplicazione del D.Lgs. n. 105/2021, cit., per la sua contrarietà all'ordinamento dell'Unione europea⁸; tale appello ha, però, attirato le aspre critiche di un'altra parte della dottrina costituzionale⁹.

corpo da parte del potere pubblico [...] non riguardano la salute, ma la libertà personale", e definisce il *green pass* "una tecnica di governo". Molto più perentoriamente, M.A. SIMONELLI, *I vaccini, il Green pass e l'egoismo dei diritti fondamentali*, in *laCostituzione.info*, 30 luglio 2021, individua nel *green pass* una "pesante compressione dei [...] diritti costituzionali". Tra i giuristi non accademici, C. TANI, *Argante e il vaccino. Il totem del green pass, l'uguaglianza e la libertà*, in *laCostituzione.info*, 25 agosto 2021, vede nel *green pass* un "attacco ai diritti sociali e al lavoro", e un "pericolo [per] le libertà civili".

⁶ *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass*, in *Questione Giustizia*, 4 agosto 2021.

⁷ *Ivi*, p. 13; sostanzialmente, nello stesso senso, A. MANGIA, *Obbligo vaccinale e green pass*, cit., ritiene che "[s]e io continuo, passo dopo passo, ad estendere il novero delle limitazioni fino a svuotare il diritto di circolare o riunirmi se non ho un lasciapassare, alla fine introduco, surrettiziamente, non un obbligo, ma un condizionamento alla vaccinazione [che] finisce con l'essere una misura equivalente all'obbligo"; anche, M.A. SIMONELLI, *op. cit.*, scrive di un "obbligo vaccinale indiretto".

⁸ Si legge, infatti, nel documento che "tale d.l. andrebbe disapplicato dal giudice ovvero, in subordine, attivato il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia": *ivi*, p. 11. Rinvio al documento per l'indicazione specifica dei profili di contrarietà al diritto UE, sostenuti dagli Autori.

⁹ In particolare, R. BIN, *Replica al documento anti-green pass pubblicato da Questione giustizia*, in *laCostituzione.info*, 9 agosto 2021. Sono, comunque, svariati gli interventi di costituzionalisti e amministrativisti che hanno difeso la costituzionalità della misura *de qua*: tra gli altri, senza pretesa di esaustività, cfr. G. AZZARITI, *Vaccino e green pass, impariamo a leggere la Costituzione*, in *Il Manifesto*, 28 luglio 2021; R. BIN, *Green pass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*, in *laCostituzione.info*, 26 luglio 2021; G. DELLA CANANEA, *Sugli obblighi vaccinali la Costituzione è rispettata*, in *Il Foglio*, 11 agosto 2021; nonché, con toni meno perentori, ma più cauti e riflessivi, legando la legittimità della misura allo stato di emergenza, e al suo non rinnovarsi, A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *Federalismi.it*, 21, 2021; e, ancora, R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione Giustizia*, 6 settembre 2021; N. ROSSI, *Venerdì 6 agosto 2021. Esordisce la certificazione verde*, *ivi*, 6 agosto 2021, che configura addirittura la vaccinazione anti-covid come un "onere", il cui mancato adempimento può giustificare una serie di calcolate restrizioni e limitazioni", cioè - pare di capire - il *green pass*, quasi che lo Stato potesse imporre un "peso" (tale è l'onere) all'esercizio dei diritti costituzionali. Su

Ora, seppure tali toni siano forse eccessivi, si deve, però, riconoscere che la normativa de qua sembra utilizzare una libertà contro l'altra - piuttosto che bilanciarle tra loro -; ciò che mi pare contrario alla Costituzione stessa, cioè non soltanto ad alcune sue specifiche norme, bensì addirittura a quello che si potrebbe definirne lo "spirito"¹⁰.

Nel presente articolo, si sosterrà, cioè, che sebbene la Costituzione espressamente ammetta l'introduzione dell'obbligo vaccinale in via, per così dire, ordinaria - ancorché un tale intervento rappresenti un'eccezione alla regola della consensualità del trattamento sanitario¹¹ -, essa non legittimi, invece, la suddetta

di un piano diverso e più ampio, mi pare si ponga la riflessione di I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, ivi, 3 agosto 2021. Imprescindibili, sull'argomento, seppur non aventi specificamente ad oggetto il *green pass*, anche i contributi alla discussione di S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19*, ivi, 28 agosto 2021; ID., *I danni causati dalla vaccinazione devono essere indennizzati dallo Stato? (a proposito delle recenti dichiarazioni di Giorgia Meloni)*, ivi, 13 agosto 2021.

¹⁰ Sul concetto di "spirito della Costituzione", cfr., per tutti, le acute riflessioni di R. BIN, *Autonomia statutaria e "spirito della Costituzione"*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2-3, 2004, in particolare il par. 4, dal titolo "*Si turpitudinem sequatur litterae...*".

¹¹ È noto che l'art. 32, co. 1, Cost. prevede la salute come "fondamentale diritto dell'individuo", e, in quanto tale, essa subordina il trattamento sanitario al consenso informato del paziente; al contempo, la salute è, però, definita anche un "interesse della collettività", e, in tal senso, essa è suscettibile dell'imposizione di un obbligo di trattamento, purché ciò avvenga con legge, stante la riserva di legge rinforzata per contenuto di cui al co. 2: sul primo aspetto del diritto alla salute, cfr., per tutti, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, p. 303 ss.; sui trattamenti obbligatori, cfr., invece, S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, p. 875 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari" (a proposito dei Testimoni di Geova)*, ivi, 1981, p. 529 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, ivi, 1982, p. 557 ss.; ma, anche, PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Utet, Torino, 1999, p. 337 ss.; A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Questa rivista*, 1 novembre 2017. Sull'art. 32 Cost., in generale, cfr. almeno, L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, pp. 103 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, pp. 2462 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, p. 21 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, p. 21 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, pp. 172 ss nonché, ID., *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale*

misura (cd. green pass), volta ad incentivare la vaccinazione dei soggetti ad essa restii, mediante l'introduzione di specifici divieti e sanzioni¹² - pecuniarie e, soprattutto, interdittive -, con la conseguente limitazione di diritti costituzionalmente inviolabili, per tutti coloro che non esibiscano - o a maggior ragione non posseggano, non essendosi sottoposti alla vaccinazione - un'adeguata certificazione medica.

Così facendo, infatti, si sanzionano comportamenti che, da un lato, dovrebbero (rectius: devono) ritenersi altrimenti leciti, in quanto non sia resa obbligatoria ex lege la vaccinazione; dall'altro, non ineriscono al diritto alla salute del loro destinatario, ovvero al trattamento sanitario (id est la vaccinazione), bensì all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali.

In altri termini, mi propongo di dimostrare come la nostra Costituzione, certamente, ammetta l'ipotesi (per così dire, più "lineare") della diretta imposizione di un obbligo vaccinale, quale legittimo trattamento sanitario obbligatorio - cd. vaccinazione obbligatoria¹³ -; bensì non quella indiretta (e, per così dire, "obliqua") dell'adozione di misure coercitive che, incidendo su altri e diversi beni costituzionali secondo una logica tout court sanzionatoria, piuttosto che del bilanciamento dei diritti, vogliano incentivare i cittadini ad aderire - volontariamente, ma non spontaneamente - alla vaccinazione stessa.

2. Possibile contrasto con gli artt. 3, 17, 32 e 41 Cost.

Per dimostrare l'incostituzionalità di tali divieti (di accesso), considererò - nella suddetta prospettiva - gli artt. 2, 3, 16, 17, 23, 25, 32 e 41 Cost. Eccettuato l'art. 32 Cost. - che rappresenta, ovviamente, il rifermento costituzionale imprescindibile della normativa legislativa *de qua* -, l'unico altro articolo, tra questi, menzionato

esperienza Costituzionale repubblicana, III, Milano, 1972, p. 435 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003.

¹² Una trattazione esaustiva dell'argomento dovrebbe esaminare la differenza tra "obbligo" e "divieto" che, data la natura del presente scritto, devo, invece, dare per scontata, rinviando, per approfondimenti, tra i tanti testi sul tema, a R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, I, t. I, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1998, in particolare p. 28. In estrema sintesi, rappresenta "obbligo" la prescrizione di un comportamento attivo (azione) reso normativamente doveroso, ed esatto anche attraverso la previsione di specifiche sanzioni; rappresenta, invece, "divieto" la prescrizione di un comportamento omissivo (astensione) che la norma dispone debba essere evitato, e quindi vietati, anche attraverso la previsione di specifiche sanzioni per l'inosservanza.

¹³ Oltre la Corte costituzionale italiana - come meglio si dirà al par. 2 -, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* (ricorso 47621/13 e altri), si è espressa per la legittimità, in base alla Convenzione, dell'introduzione dell'obbligo vaccinale infantile: cfr. CEDU, Grande Camera, sent. 8 aprile 2021.

dal D.L. n. 105/2021, cit., che ha introdotto il *green pass*, è l'art. 16, che espressamente ammette limitazioni per "motivi di sanità"; in tal modo, s'ignora che la misura adottata incida, oltre che sulla libertà di circolazione ivi disciplinata, anche - direttamente - sulla libertà di riunione, ex art. 17, che non prevede affatto limiti espressi per ragioni sanitarie, e - quantomeno, indirettamente - sulla libera iniziativa economica privata, ex art. 41, che, accanto al limite del contrasto con l'utilità sociale, prevede, però, il rispetto della "libertà" e della "dignità umana".

Il punto di partenza della nostra riflessione sarà, da un lato, l'assenza - al momento in cui si scrive - di un obbligo vaccinale, imposto dal legislatore ex artt. 23 e 32 Cost.; dall'altro, la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha affermato che nessun diritto inviolabile - nemmeno la salute - può farsi "tiranno"¹⁴ rispetto agli altri.

Sotto il primo profilo, la Corte costituzionale, nelle sentenze n. 307/1990, n. 258/1994 e n. 5/2018, ha da tempo affermato la legittimità dell'imposizione dell'obbligo vaccinale - che non mi pare seriamente in discussione, e sul quale, perciò, non mi soffermo -, precisandone limiti e presupposti¹⁵.

Ciò premesso, la conseguenza della mancanza di un obbligo di vaccinazione, non può che essere la libera scelta individuale di vaccinarsi o meno, la quale è esercizio della libertà stessa di autodeterminazione, garantita proprio dall'art. 32. Non vaccinarsi è, quindi, un profilo del diritto alla salute, nella misura in cui esso è, anche, un diritto di libertà.

In altri termini: in assenza di obbligo, vi è piena libertà di cura.

Sotto il secondo profilo, la Corte costituzionale - nella sentenza n. 85/2013¹⁶ - ha da tempo affermato che "[l]a qualificazione come 'primari' dei valori

¹⁴ Corte costituzionale, sent. 9 aprile-9 maggio 2013, n. 85, punto 9 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Corte costituzionale, sent. 14-22 giugno 1990, sulla vaccinazione anti-poliomielitica; sent. 20-23 giugno 1994, n. 258, in cui la Corte richiama "la necessità [...] di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva" (punto 5-*bis* del *Considerato in diritto*); sent. 22 novembre 2017-18 gennaio 2018, n. 5. In quest'ultima, si legge: "In particolare, questa Corte ha precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)": *ivi*, punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Cfr. nota 14.

dell'ambiente e della salute significa [...] non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto”¹⁷.

Vale, quindi, per la salute, come per gli altri diritti, quanto affermato dalla Corte in tale decisione, ovverosia che, nel bilanciamento dei diritti, “[i]l punto di equilibrio [...] deve essere valutato [...] secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro [dei diritti: ndr.] nucleo essenziale”¹⁸; il bilanciamento, però - aggiungo io -, seppur “dinamico”, come giustamente ricorda la Corte, non può farsi laddove la Costituzione, espressamente o implicitamente, lo abbia già attuato, ovvero lo escluda (o, addirittura, vieti), e va in ogni caso attuato nella direzione indicata dalla Carta costituzionale.

Nel caso de quo, il nuovo art. 9-bis D.L. 22 aprile 2021, n. 52, cit.¹⁹, nega, palesemente, il “nucleo essenziale” del diritto alla riunione ex art. 17 Cost., venendo negato tout court l'esercizio del diritto stesso, con particolare riferimento alle lett. b, c, e, f, h, ed i.

Quanto, invece, alle lett. a, d e g dell'art. 9-bis, cit., le quali prevedono la possibilità, solo per chi ha il green pass, di fruire degli spazi e dei servizi ivi previsti (ristoranti, piscine, palestre, centri culturali e sociali, ecc.), nei locali “al chiuso”, essa presenta un contenuto, evidentemente, discriminatorio; anzi, spazi e servizi vengono, in questo caso, non soltanto limitati, interdetti o fruiti separatamente, ma, sostanzialmente, negati ai non vaccinati, riproponendosi la medesima problematica di negazione del “nucleo essenziale” del diritto, più sopra cennata.

La gravità di una tale discriminazione²⁰ si rivela, con tutta la sua evidenza, se si esamina la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America sul XIV emendamento alla Costituzione americana, in merito alla dolorosa segregazione razziale subita da alcuni cittadini. Da essa emerge, infatti, chiaramente, come ogni forma di fruizione separata di un diritto sia - ex se - discriminatoria: cfr. *Brown v. The Board of Education of Topeka* (1954), la quale, superando il precedente principio: “*separate but equal*” (affermato da *Plessy v. Ferguson*, del 1896), affermò il principio opposto: “*separate is unequal*”²¹.

¹⁷ *Ivi*.

¹⁸ *Ivi*

¹⁹ Cfr. p. 1.

²⁰ Per completezza, ricordo, però, che i Giuristi democratici, con comunicato stampa del 9 agosto 2021, *Green pass, la discriminazione è un'altra cosa*, hanno sostenuto che il diverso trattamento non sia discriminatorio, ma anzi applicazione del principio di eguaglianza: “Non è quindi illegittimo - scrivono - differenziare i trattamenti; è illegittimo trattare in modo diverso chi si trova in identica situazione”: in breve, i vaccinati e i guariti, da un lato, e i non vaccinati, dall'altro, non essendo nella medesima situazione di fatto, non potrebbero essere trattati allo stesso modo.

²¹ Sulla questione, cfr. A. D'ALOIA, *L'eredità di Brown. La Costituzione Americana e la lotta contro la discriminazione razziale*, in *Federalismi.it*, 9 marzo 2016; nonché, il manuale

In sintesi: per un verso, il bilanciamento tra la salute e le altre libertà costituzionali è già stato, normativamente, posto dal Costituente stesso, all'art. 32, che permette l'imposizione del trattamento sanitario, sub specie di obbligo vaccinale, ovvero lo configura come diritto di libera scelta (come meglio diremo, non oggetto di possibile sanzione); dall'altro, non si può fare un bilanciamento dei diritti *contra Constitutionem*, negando radicalmente ed *in nuce* un diritto da essa, espressamente, garantito.

Né si dica che, nel caso del green pass, il fatto di aver previsto la possibilità di effettuare - continui e costosi - tamponi, in alternativa al vaccino (o alla guarigione), rappresenti un punto di equilibrio, e quindi un giusto bilanciamento dei diritti in gioco²², cioè la salute, da una parte, e la riunione, la libera iniziativa economica privata, e - dopo il D.L. n. 111/2021, cit. - l'istruzione, il lavoro, ecc., dall'altra. Ciò per due ordini di motivi: in primo luogo, i tamponi, diversamente dalla vaccinazione, devono essere effettuati continuamente (data la validità di 48 ore), potendo addirittura recare un danno alla salute stessa, mentre il vaccino è, notoriamente, una misura *una tantum*, che può al più prevedere dei richiami; in secondo luogo, il tampone, se necessariamente ripetuto nel tempo, ha certamente un costo nient'affatto trascurabile per il cittadino.

Vero è - come si ricordava in apertura del presente paragrafo - che l'art. 16, nel dettare al disciplina costituzionale della libertà di circolazione, fa espressamente salve "le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità"; ma ciò è, appunto, espressamente previsto dalla Costituzione, laddove altre libertà: ad esempio, quella di riunione, ex art. 17, non menzionano affatto (*rectius*: escludono) la salute come possibile limite alla libertà stessa, in particolare per le riunioni in luoghi privati, o privati aperti al pubblico.

Una tale conclusione - cioè l'impossibilità di condizionare l'esercizio di un diritto, oltre i limiti, eventualmente, previsti in Costituzione - mi sembra confermata dall'art. 41 Cost., il quale, espressamente, prevede (al co. 2) che la libera iniziativa economica privata "Non p[ossa] svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". L'atteggiamento paternalistico²³ può dirsi estraneo alla nostra Costituzione.

di E. BALBONI, *Diritti, testi e materiali per il corso di Diritto pubblico comparato*, Milano, 2015, che tratta approfonditamente la questione della segregazione razziale negli Stati uniti d'America.

²² Questo sembrerebbe essere il punto di vista del Consiglio costituzionale francese, sul *pass sanitaire*: cfr. *Conseil constitutionnel, decision n. 2021-824-DC, 5 août 2021*, consultabile in *Federalismi.it*, 20, 2021.

²³ Anche nelle forme del "paternalismo libertario", ricordato da A. MANGIA, *op. ult. cit.*, il quale lo riferisce, in particolare, alle opere di C.R. SUNSTEIN. *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Milano, 2015.

L'iniziativa economica, quindi, non può svolgersi in modo da arrecare danno alla salute, ma nemmeno in contrasto con la "libertà", cioè - indubbiamente - le libertà costituzionalmente garantite, che, nel nostro caso, sono tanto la libertà di autodeterminazione e di cura, ex art. 32, quanto la libertà di riunione, ex art. 17 Cost.

Il bene salute può, quindi, permettere (art. 32, co. 2, Cost.) l'imposizione di trattamenti sanitari mirati, ma non giustifica la compressione delle libertà costituzionali, oltre i limiti previsti dalla Costituzione stessa.

In questi casi, qualora cioè i limiti imposti dalla Costituzione al legislatore venissero oltrepassati, non saremmo più in presenza di un - costituzionalmente legittimo - bilanciamento dei diritti, bensì di una conclamata illegittimità costituzionale della legge.

Del resto, se, da un lato, il fondamento costituzionale delle vaccinazioni obbligatorie, permesse dall'art. 32 nell'"interesse della collettività", è l'art. 2 Cost. che, accanto ai "diritti inviolabili", riconosce l'esistenza di "doveri inderogabili di solidarietà" anche sociale - molto più compatibili con l'imposizione di obblighi, piuttosto che con la previsione di divieti -, dall'altro, l'art. 23 è assai chiaro nel prevedere, in piena consonanza tanto con l'art. 2 quanto con l'art. 32, cit., che "Nessuna prestazione personale [...] può essere imposta se non in base alla legge".

Ora, nel caso di specie, ci troviamo di fronte ad un inesistente obbligo di vaccinazione - e quindi, a rigore, all'esercizio del principio di autodeterminazione e libertà di cura - che viene, però, presidiato e sanzionato, con pena pecuniaria, nel momento in cui, chi ha liberamente optato per non vaccinarsi voglia esercitare un diritto costituzionale (es.: il diritto di riunione, ex art. 17), tanto da introdurre un vero e proprio, illegittimo obbligo indiretto.

La prestazione è, quindi, indotta, non "imposta" - come richiede, invece, l'art. 23 Cost.

3. Cittadini, (non) pubblici ufficiali?

Del resto, non si vede come si possa concepire che ogni esercente diventi - *ex lege* - un incaricato di pubblico servizio²⁴ (non un pubblico ufficiale)²⁵, chiamato e autorizzato, non solo al controllo dei documenti, ma anche ad inibire la fruizione, o addirittura interdire l'accesso stesso al luogo dell'esercizio, in assenza di una condizione (anzi, un'autorizzazione permissiva²⁶, piuttosto che ricognitiva) richiesta *ex lege* per la fruizione di un servizio, ovvero l'accesso a determinati luoghi.

In altri termini, il paragone da altri fatto con la patente di guida, o simili, appare del tutto inappropriato e fuorviante, sia perché, da un lato, è evidente che qui si chiede a privati cittadini di verificare non l'esistenza di un titolo abilitativo, permesso, o simili, bensì di verificare uno stato personale: tale è, infatti, la "avvenuta guarigione da COVID-19".²⁷

A me pare, francamente, che una misura del genere sia, palesemente, incostituzionale, e non si giustifichi nemmeno nella logica del bilanciamento dei beni costituzionali o dei diritti per una semplice ragione, che tenterò di seguito di spiegare.

Come giustamente ha affermato il Presidente Draghi nella conferenza del 22 luglio scorso, questa misura, in realtà: "è una condizione per tenere aperte le attività economiche" (conferenza di Draghi-Cartabia-Speranza del 22.07.2021).

²⁴ Il Garante per la protezione dei dati personali, in una nota inviata alla Regione Piemonte che lo aveva interpellato, parla di "soggetti verificatori": il Garante ha ritenuto che - in base all'art. 9-bis D.L. n. 15/2021, cit. nel testo - "Tra le garanzie previste da tale decreto [il d.P.C.M. 17 giugno 2021: ndr.] è, del resto, compresa anche l'esclusione della raccolta, da parte dei *soggetti verificatori* [mio il corsivo: ndr.], dei dati dell'intestatario della certificazione, in qualunque forma (art. 13, co. 5, del cit. d.P.C.M.). Entro questi termini, pertanto e nei sensi di cui al combinato disposto degli artt. 9-bis, co. 4, secondo periodo, del D.L. n. 52/2021 e 13, co. 2, del cit. d.P.C.M., è consentito il trattamento dei dati personali consistenti nella verifica [...] dell'identità del intestatario della certificazione verde, mediante richiesta di un documento di identità".

²⁵ È il Ministero dell'interno a chiarirlo, con circolare del 10 agosto 2021, nella quale si legge che "la verifica dell'identità della persona in possesso della certificazione verde ha natura discrezionale ed è rivolta a garantire il legittimo possesso della certificazione medesima [...] È il caso di precisare che nelle suindicate fattispecie l'avventore è tenuto all'esibizione del documento di identità, ancorché il richiedente non rientri nella categoria dei pubblici ufficiali, di cui al co. 2, lett. a), dell'art. 13 del cit. d.P.C.M.".

²⁶ A. MANGIA, *op. ult. cit.*, scrive, ad esempio, di un "sistema delle libertà autorizzate [...] sulla carta hai la libertà di fare questo e quello, ma solo dopo che ti è stato rimosso un vincolo apposto in via generale dalla legge. Sei titolare di un diritto, ma non ne hai l'esercizio. Per esercitarlo hai bisogno di un'autorizzazione."

²⁷ Cfr. la nota 4.

Letteralmente, una condizione imposta all'esercizio della libertà di impresa, ex art. 41 Cost.

Ma ai sensi di tale articolo, l'iniziativa economica non può svolgersi in danno della libertà: se la vaccinazione non è obbligatoria, se ne deve dedurre che resta una libera scelta (*rectius*: una libertà) quella di non vaccinarsi. Ergo: imporre all'esercente un'attività economica d'impresa, come a un qualunque altro cittadino: cliente, consumatore o fruitore del servizio, una condizione contraria ad una propria libertà costituzionalmente garantita (cioè, per quanto possa apparire paradossale, proprio al diritto individuale alla salute, *sub specie* di autodeterminazione), viola già l'art. 41 e, a maggior ragione, l'art. 17 (e 32) Cost.

Si potrebbe persino sostenere che la sanzione contrasti con l'art. 25 Cost., in quanto applicabile alle sanzioni amministrative, poiché se è lecito non vaccinarsi, non si vede come possa essere illecito accedere ad un luogo pubblico, o aperto al pubblico - come garantito dall'art. 17 Cost. -, quando la prestazione che rappresenta la "condizione personale" per accedere, non sia imposta dalla legge (art. 23).

In altre parole, se la legge stessa non impone la vaccinazione, non può essere illecito esercitare una libertà costituzionale conformemente alla Costituzione - cioè, con riferimento alla riunione, nel rispetto dei limiti espressi e delle condizioni, ex art. 17 -; se così è, un'attività costituzionalmente lecita non può essere sanzionata, pena la violazione dell'art. 25, *cit.*

Ora, non vi è dubbio che, per prevalenti ragioni di tutela della salute pubblica, possano essere imposte all'esercente una attività economica il soddisfacimento di determinati requisiti e condizioni, nell'interesse appunto del diritto alla salute (art. 32); tali imposizioni, però, possono essere poste - non soltanto a carico, ma anche propriamente - all'esercente stesso, bensì non ai fruitori del servizio.

Ma c'è di più. Ammettiamo pure che, per prevalenti ragioni di tutela della salute, possa essere vietato ad una parte dei consociati l'accesso, oltre che ad un luogo pubblico, anche ad un luogo privato aperto al pubblico (ad es.: un ristorante), aperto per altre categorie di cittadini: ciò di cui, in verità, già dubito. Tale divieto non potrebbe che essere posto dal legislatore in ragione dell'art. 41 Cost., il quale non permette l'esercizio dell'attività economica in danno della salute pubblica: si dovrebbe, allora, ritenere possibile interdire l'accesso ai soggetti malati e contagiosi, nonostante il dato testuale dell'inciso dell'art. 17, co. 3, Cost., che riferisce il divieto di riunioni per "comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica" ai soli luoghi pubblici.

Si tratterebbe, in ipotesi, di un caso bilanciamento tra la libera iniziativa economica e il diritto di riunione, da un lato, e il fondamentale diritto alla salute, dall'altro.

Ora, da un lato, però, l'art. 17, co. 3, *cit.*, richiede - evidentemente - che la valutazione sulla sussistenza dei prevalenti motivi per negare la possibilità di

riunirsi (in luoghi pubblici) siano “comprovati”, cioè specifici e concreti, e non astratti, in quanto meramente indicati in via generale e preventiva dalla legge.

Dall'altro, anche in base all'art 41, deve tenersi distinta l'ipotesi di specifica chiusura di un locale per motivi di salute, o di igiene, dalla limitazione disposta, in via preventiva e generale, dall'art. 9-bis D.L. n. 52/2021, in esame (introdotto dall'art. 3, D.L. n. 105/2021, cit.), che limita la possibilità di accedere al locale stesso ai soli soggetti che possano dimostrare l'avvenuta vaccinazione, o - peggio - guarigione (cioè la presunzione di essere sani, e non malati).

A ciò mi pare osti, prima ancora che il disposto dell'art. 41, o dell'art 17, lo stesso principio di eguaglianza, ex art. 3, co. 1, Cost. che non permette discriminazioni tra i cittadini in base a “condizioni personali”.

Come si è, giustamente, osservato in dottrina: “L'uguaglianza formale dei cittadini dinanzi alla legge non tollera discriminazioni, se non a fronte di situazioni diverse che siano trattate in modo ragionevolmente diverso. Al principio di ragionevolezza si deve ispirare quindi ogni trattamento differenziato tra cittadini, per non scadere nell'illegittimità costituzionale della mera discriminazione. E ragionevolezza vuol dire, secondo figure consolidate nella giurisprudenza costituzionale, non illogicità, non arbitrarietà, proporzionalità rispetto allo scopo.”²⁸

Ma anche ammesso che l'art. 3, cit., permetta di differenziare il regime delle riunioni in luoghi aperti al pubblico, ovvero la possibilità stessa di tenere determinate riunioni, ovvero di accedere a determinati luoghi, distinguendo tra i cittadini sani e quelli malati - non ritenendolo, ex se, un trattamento discriminatorio -, la norma legislativa qui esaminata (art 9-bis, cit.) prevede, invece, un identico trattamento sanzionatorio sulla base della sola assenza della certificazione vaccinale, o assimilata, tanto per soggetti potenzialmente contagiosi quanto per soggetti sani: ciò in violazione, ancora, dell'art. 3, co. 1 e 2, che non permette distinzioni tra il trattamento normativo dei cittadini, che non siano basate su effettive e diverse condizioni personali di fatto.

Ciò - a maggior ragione - quando, anche la scienza stessa, sembra non poter escludere, in via assoluta, la contagiosità dei soggetti pur vaccinati²⁹.

²⁸ Così, condivisibilmente, R. CALVANO, *Greenpass e vaccini. Non sacrificiamo il principio di uguaglianza*, in *Il Manifesto*, 6 agosto 2021; insiste sulla necessaria “proporzionalità” - che è un profilo della ragionevolezza -, ritenendo che “ogni restrizione delle libertà costituzionalmente garantite deve essere ‘ragionevolmente proporzionata’ all’obiettivo”, G. GUZZETTA, intervista di M. RIGAMONTI, *Green pass al bar e obbligo vaccinale? “Servono misure proporzionate”*, in *Tempi*, 20 luglio 2021.

²⁹ Cfr., in particolare, le dichiarazioni del consigliere della Casa Bianca per il Covid-19, A. FAUCI, del 30 luglio 2021, riportate dall'ANSA del medesimo giorno.

Sotto altro profilo, poi, anche le sanzioni potrebbero apparire sproporzionate, se si può giungere al medesimo risultato imponendo obblighi minori, come, ad esempio, indossare una mascherina, osservare una distanza minima, ecc.

In conclusione, imporre ad un imprenditore che i propri clienti soddisfino determinati requisiti, oppure condizioni personali, è qualcosa che nemmeno l'art. 41 Cost. può permettere, quando tali requisiti e condizioni riguardino non la titolarità o il possesso di titoli, abilitazioni o, comunque, permessi connessi a specifiche attività economiche (es. autorizzazione all'esercizio di attività di smaltimento di rifiuti speciali; commercio di medicinali, o di sostanze esplosive, ecc.), bensì vere e proprie condizioni fisiche, o addirittura stati personali, legati alle condizioni di salute (vaccinazione; tampone; persino immunizzazione, quale vera e propria guarigione da una precedente stato di malattia), la cui verifica sembrerebbe violare, oltre l'art. 41, anche gli artt. 3, 17 e - trattandosi di condotte sanzionate con sanzioni pecuniarie e interdittive -, persino, 25 Cost.