

CERTIFICARE LA SALUTE? IL CASO DEL GREEN PASS EUROPEO.

Donato Vese*

Sintesi. Questo è un articolo breve, ma intende sollevare una discussione su temi fondamentali del diritto pubblico come la certificazione sanitaria oltre che su concetti generali come la salute pubblica. Per questo motivo l'indagine si limita ad esplorare alcuni rischi che si annidano in argomenti così vasti e cruciali per lo studioso del diritto pubblico e amministrativo. A tal fine, dal punto di vista legale, il saggio analizza il recente e paradigmatico caso del Regolamento europeo sul certificato sanitario Covid-19 (c.d. *Green Pass*). Nel Regolamento, mentre la libertà di movimento sembra bilanciata con la protezione della salute pubblica, misure sproporzionate rispetto ai fini perseguiti dalle politiche europee si nascondono nelle pieghe della norma, mettendo a repentaglio diritti e libertà civili delle persone. Trattandosi di risultati (del tutto) provvisori, l'articolo si chiude con la speranza di una più ampia apertura della discussione da parte degli studiosi e delle istituzioni su questioni che ad oggi sembrano pressoché indiscutibili, come sembra per lo stesso concetto di salute pubblica.

Abstract. *This is a short article, but covers a lot of ground. It explores the risks of health certifications in administrative and public law. To this end, we will examine the paradigmatic case of the EU Regulation on Green Pass. There, while freedom of movement is balanced with the protection of public health, measures that are disproportionate to the aims pursued by public policies lie around the corner jeopardising people's civil rights and freedoms. Given that the results are (quite) provisional, the article ends with the hope of a broader opening of the discussion by scholars and*

* *Trinity College Dublin, School of Law, vese@tcd.it.* Questo articolo trae spunto dalla relazione presentata all'interno del corso Law and Risk al Trinity College di Dublino. Per questo desidero ringraziare il Dr. Suryapratim Roy per la discussione e i preziosi commenti ricevuti sulla relazione. Un sincero ringraziamento va all'intero Staff della Berkeley Library per il prezioso supporto alla ricerca e particolarmente ad Iris Bedford per la sua pazienza e disponibilità. Una prima bozza è stata oggetto dell'attenta lettura di amici e colleghi che hanno migliorato in più punti la versione finale con commenti e suggerimenti davvero preziosi. Ringrazio per questo Raffaella Dagostino, Antonio Saporito, Benedetta Giordano, Antonio Mitrotti, Giovanni D'Elia e Antonio Micello. Una grazie speciale va a Viviana Di Capua con cui - in piena pandemia - ho discusso i problemi sottesi alla vaccinazione (indiretta e/o obbligatoria). Dato che ogni lavoro scientifico non potrebbe nascere che dalla discussione delle proprie idee e dal dialogo con gli altri, anche questo è nato così. Per questo ringrazio Luca R. Perfetti che mi ha insegnato - in tante occasioni della vita accademica e non - i valori della discussione e del dialogo e Federica per aver sperimentato con me quei valori.

institutions on issues that currently seem almost unquestionable, as it appears for the very notion of public health.

PAROLE CHIAVE: certificazioni sanitarie, vaccini, libertà di movimento, proporzionalità, salute pubblica.

SOMMARIO: **1.** Introduzione; – **2.** Il Regolamento europeo sul Green Pass; – **3.** Libertà di movimento; – **4.** Principio di proporzionalità; – **5.** Giurisprudenza amministrativa; – **6.** Sfide future.

« On peut faire de la même façon l'analyse des soins médicaux, et d'une façon générale de toutes les activités concernant la santé des individus, qui apparaissent ainsi comme étant autant d'éléments à partir desquels le capital humain va pouvoir premièrement être amélioré, deuxièmement être conservé et utilisé le plus longtemps possible ».

Michel Foucault, *Naissance de la Biopolitique, Cours au Collège de France, 1978-1979*, Seuil/Gallimard, 2004, p. 236.

1. Introduzione.

Nella sua opera fondamentale¹, John Stuart Mill metteva in guardia dal fare affidamento sui poteri pubblici. A più di un secolo e mezzo di distanza, l'argomento di Mill sulla fallibilità dei pubblici ufficiali è ancora attuale. E noi, durante l'ultima pandemia, abbiamo imparato che non ci si può fidare dei governi.

In gran parte dell'Europa gli esecutivi avevano promesso la fine delle restrizioni con l'arrivo dei vaccini. Molti *leader* di governo avevano chiesto ai propri cittadini una forte adesione alle campagne vaccinali in cambio della fine delle restrizioni. Eppure, così non è stato. Sebbene le percentuali di vaccinazioni nei territori degli stati membri europei avevano raggiunto risultati ragguardevoli, con più dei 2/3 dei cittadini che aveva completato il ciclo vaccinale, nuove e insidiose varianti del virus

¹ J.S. Mill, *On Liberty* [1859], Yale University Press, New Haven and London, 2003, p. 88.

hanno portato i governi a rafforzare le misure restrittive in vigore. Un netto dietro front rispetto a quanto promesso.

Misure intrusive della libertà personale come il test molecolare, la quarantena e l'autoisolamento venivano reintrodotti indipendentemente dallo status vaccinale. Eppure, solo pochi mesi prima, facendo appello ai loro cittadini affinché si vaccinassero in massa, molti governi avevano promesso la caduta delle restrizioni.

Non è un caso che, in gran parte dei paesi occidentali, i poteri pubblici abbiano puntato sui certificati vaccinali al fine di consentire di viaggiare nei loro territori e accedere a molti servizi sociali essenziali.

Le politiche dell'Unione Europea (UE) rappresentano un caso paradigmatico. Nell'UE è stato approvato il Regolamento sul "COVID Digital Certificate" (di seguito "*Green Pass*"²), che permette agli stati membri di rilasciare un certificato per viaggiare in sicurezza nell'area Schengen senza ulteriori restrizioni. Fondamentalmente, il *Green Pass* è stato progettato per dare un senso alla libertà di movimento che rappresenta una pietra miliare dell'ordinamento UE.

Tuttavia, come mostrerò in seguito, questo regolamento pone alcuni rischi per i diritti e le libertà civili delle persone. In particolare, proverò a dimostrare che il *Green Pass* si pone in contrasto con il principio di proporzionalità per come inteso nel diritto europeo. In sostanza, esaminerò il Regolamento europeo sul *Green Pass* al fine di affermare che, pur riservando alle persone una certa libertà di scelta per ottenere il certificato sanitario, in realtà promuove la vaccinazione. Più esattamente, sostengo che la vaccinazione è stata concepita dalle politiche dell'UE come uno "stato di salute" implicitamente preferenziale per ottenere il *Green Pass*. La promozione di campagne di vaccinazione di massa da parte dei governi è un chiaro indizio.

Qui non è messo in dubbio che i vaccini possano salvare vite, ma si contesta la scelta di porli come base giuridica per ottenere i certificati sanitari. Ciò è sproporzionato rispetto ad altre misure meno intrusive che avrebbero meglio garantito l'equilibrio tra la tutela della salute pubblica e la libertà di movimento delle persone. In realtà, promuoverli come requisito principale (e unico) per ottenere i certificati può far passare un messaggio sbagliato. In particolare, potrebbe promuovere comportamenti opportunistici da parte di alcuni che si sentirebbero legittimati da questa forma di "licenza" governativa. Ad esempio, riducendo la

2 Nell'articolo ho deciso di usare per convenzione il termine "Green Pass" (pass/certificazione verde) perché è il termine con cui comunemente sui media viene semplificato il termine usato dal Regolamento UE sul "*Digital COVID Certificate*" e che quindi più facilmente è associabile ai certificati sanitari Covid-19 da parte dei cittadini dell'UE. Tuttavia, come vedremo da alcuni esempi, ogni stato membro dell'UE ha adottato un termine differente per indicare il Green Pass nella propria lingua.

soglia di attenzione nel rispettare meticolosamente le misure di mitigazione e di distanziamento sociale.

Quelli descritti non sono gli unici problemi. Nella conclusione, accennerò anche alle possibili derive delle politiche basate sulla certificazione sanitaria e sul fatto che queste possano creare nuove forme di discriminazioni basate su un particolare “status di salute”.

2. Il Regolamento europeo sul Green Pass.

In questo paragrafo il mio obiettivo è di analizzare la base giuridica del *Green Pass* nel contesto europeo. A tale scopo, esamineremo il Regolamento (UE) 2021/953 (di seguito “Regolamento”) che fornisce un quadro giuridico comune in Europa per il rilascio, la verifica e l’accettazione dei certificati sanitari da parte degli stati membri³.

Obiettivo chiave del Regolamento è di ridare un senso alla libertà di movimento come principio basilare dell’UE⁴. Leggendo il primo articolo si comprende come il Regolamento intenda soprattutto facilitare l’esercizio del diritto alla libera circolazione da parte dei titolari del certificato sanitario *Green Pass*.

Ora, se leggiamo l’articolo 3 del Regolamento vediamo che questo prevede tre specifiche condizioni in relazione al Covid-19 per il rilascio del *Green Pass* a favore dei cittadini dell’UE:

- (a) un certificato che confermi che il titolare⁵ ha ricevuto un vaccino nello Stato membro che rilascia il certificato;
- (b) un certificato che confermi che il titolare ha effettuato un test in un centro sanitario ed è risultato negativo⁶;
- (c) un certificato che confermi che il titolare è guarito.

Non è difficile dimostrare che, anche se il *Green Pass* prevede tre differenti opzioni, la possibilità di scelta è in realtà solo sulla carta. In effetti, come vedremo di seguito,

³ Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2021, che istituisce un “Quadro per il rilascio, la verifica e l’accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, test e recupero COVID-19 per agevolare la libera circolazione durante la pandemia COVID-19” (Testo rilevante ai fini del SEE), PE/25/2021/REV/1, GU L 211 del 15.6.2021, 1-22, <http://data.europa.eu/eli/reg/2021/953/oj>.

⁴ Cfr. A. Alemanno e L. Bialasiewicz, “Certifying Health. The Unequal Legal Geographies of COVID-19 Certificates” (2021) 12 *European Journal of Risk Regulation* 273.

⁵ Secondo l’Art. 2(1) il titolare è “una persona alla quale è stato rilasciato un certificato interoperabile contenente informazioni sulla vaccinazione COVID-19, sul risultato del test o sulla guarigione di tale persona, conformemente al presente regolamento”.

⁶ Cfr. Art. 2(4) del Regolamento.

la vaccinazione sembra l'unica via che può portare a ottenere il *Green Pass* in modo concreto. Le altre due opzioni sono scarsamente percorribili.

Il *test* negativo ha una validità molto breve (da min. 24 a max. 48 ore in base al tipo, molecolare o antigenico) ed è quindi sia oneroso che costoso. È oneroso perché espone il titolare della certificazione ad un continuo “testare” il suo status di salute per dimostrare la sua negatività alla malattia. È costoso semplicemente perché richiedere un prezzo ogniqualvolta che il titolare del certificato deve eseguire il test.

La guarigione è un evento oggettivo e del tutto involontario e quindi non gestibile dal titolare del certificato. Con le dovute eccezioni⁷, è difficile credere che la gente preferisca ammalarsi per ottenere il certificato sanitario.

Questi fattori giocano a favore della vaccinazione. Questo è l'unico requisito che, a fronte di un trattamento sanitario di un certo rilievo, permette il godimento stabile dei diritti connessi alla titolarità del *Green Pass*⁸.

Che la vaccinazione sia il requisito preferenziale delle politiche pubbliche dell'UE non è un segreto. Una chiara presa di posizione del Parlamento europeo e del Consiglio a sostegno di campagne di vaccinazione su larga scala è evidenziata dallo stesso Regolamento *Green Pass*. Nel Considerando (13) si legge: “in linea con il principio di precauzione [versione forte] [...] si potrebbe fare a meno delle restrizioni in particolare per le persone vaccinate” in quanto la vaccinazione interromperebbe “la catena di trasmissione”⁹. Come si può notare, ho enfatizzato l'applicazione della versione forte del principio di precauzione; ciò perché il citato Considerando specifica che le prove scientifiche sugli effetti della vaccinazione sono ancora scarse e non ancora coerenti per quanto riguarda l'efficacia nel prevenire la trasmissione del virus tra le persone vaccinate¹⁰.

7 V. Dardari “Bolzano, il medico denuncia: COVID party per ammalarsi e avere il Green pass”, Il Giornale, 19 novembre 2021, <https://www.ilgiornale.it/news/cronache/bolzano-medico-denuncia-covid-party-ammalarsi-e-avere-green-1990398.html>.

8 Sulla durata del Green Pass cfr. Commissione Europea “EU Digital COVID Certificate”, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_en. Si v. anche il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie “Domande e risposte su COVID-19: Vaccines” <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/questions-answers/questions-and-answers-vaccines>.

9 Regolamento (UE) 2021/953, Considerando (13) *supra*, nota 3.

10 Nel diritto dell'UE, il principio di precauzione è stato ampiamente riconosciuto come strumento che definisce la regolamentazione del rischio assieme all'obiettivo normativo di un alto livello di protezione. Tuttavia, questo principio potrebbe rivelarsi inefficace o addirittura dannoso se applicato in forma “forte”. La forma forte del principio è stata autorevolmente criticata sulla base del fatto che suggerisce che la regolamentazione è necessaria ogni volta che c'è un rischio potenziale per la salute, anche se le prove di supporto sono congetturali e i costi economici della regolamentazione amministrativa sono elevati. A questo proposito, cfr. C.R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle* (Cambridge, Cambridge University Press 2005); e

La vaccinazione è inoltre sostenuta dalle politiche pubbliche degli stati membri. I governi dell'UE hanno regolato i flussi sui loro territori attraverso campagne di vaccinazione di massa. Per rendere effettiva la campagna vaccinale, alcuni fra i governi UE come Austria, Germania e Italia hanno reso indirettamente obbligatorio il vaccino per tutta la popolazione, introducendo regole che consentono di ottenere i rispettivi *Green Pass* nazionali solo per i vaccinati.

Nell'applicare il Regolamento sul *Green Pass* i governi europei hanno anche attuato alcune misure particolarmente stringenti per i non vaccinati, come ad esempio il divieto di accedere ai principali servizi pubblici o ai luoghi di lavoro.

L'Italia, la Francia e la Germania rappresentano casi paradigmatici. Il governo italiano, rafforzando la legislazione *Green Pass* attraverso il decreto legge n. 52 del 22 aprile 2021 sul *certificato verde*, ha vietato ai non vaccinati di entrare nei teatri, nelle scuole, nelle università, nei treni e anche negli ospedali¹¹. Il governo francese con il *passé sanitaire* vieta alle persone non vaccinate di entrare ai principali luoghi pubblici¹². La Germania prevede che il *digitalen Impfnachweis* permetta di far entrare nei luoghi pubblici i soli vaccinati, con eccezione dei casi in cui vi sia un basso rischio di contagio o dove la pressione sul sistema sanitario sia bassa¹³.

Questi sono solo alcuni esempi di come i governi dell'UE hanno attuato le loro strategie di regolazione dell'emergenza a partire dall'introduzione del Regolamento sul *Green Pass*.

Tuttavia, con l'aggravarsi dell'emergenza sanitaria a causa della diffusione di varianti del virus più insidiose, la maggior parte dei governi ha emanato nuove misure restrittive della libertà, rendendo quanto mai attuale l'ammonimento di Mill sulla fallibilità dei pubblici poteri. In sostanza, tali misure non tenevano più conto dello status vaccinale, tradendo di fatto la fiducia di tutti i cittadini che avevano fatto ricorso al vaccino come soluzione per il ritorno alla normalità.

precedentemente Id., "Beyond the Precautionary Principle" (2003) 151 *University of Pennsylvania Law Review* 1003.

11 Cfr. d.l. n. 52 del 22 aprile 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 87 del 17 giugno 2021, e altri decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM). Cfr. anche il d.l. n. 212 del 4 dicembre 2021 che ha ridotto da 9 a 6 mesi la validità dei certificati.

12 LOI n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043909676>. Per il punto della situazione si veda il governo francese sul *Passe Sanitaire* su <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/pass-sanitaire>.

13 Bundesministerium für Gesundheit, "Fragen und Antworten zum digitalen Impfnachweis" <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/faq-covid-19-impfung/faq-digitaler-impfnachweis.html>.

Il risultato è stato che le politiche iniziali sul *Green Pass* sono cadute a pezzi un po' ovunque in Europa¹⁴. La maggior parte dei governi europei ha rivalutato i diritti connessi al Regolamento sul *Green Pass* e implicitamente i benefici inerenti allo stato di vaccinazione per accedere nei territori degli stati membri e consentire l'esercizio delle principali attività sociali¹⁵. In sostanza, il certificato sanitario non era più sufficiente se non corredato anche di un test molecolare o antigenico rapido (della durata di 24/48 ore rispettivamente). Non solo, ma più gravemente, misure particolarmente restrittive della libertà come la quarantena e l'autoisolamento sono state reintrodotte¹⁶. Per fare un esempio, il governo italiano ha stabilito nuove regole oltre a quelle del *Green Pass*, introducendo il c.d. *super green pass* e imponendo la vaccinazione obbligatoria per gli *over 50*¹⁷.

Abbiamo visto, dunque, come le politiche dell'UE avevano scommesso sul *Green Pass* per ripristinare la libertà di circolazione dei cittadini europei nei territori degli stati membri. Nel fare ciò, si è fatto leva essenzialmente sui vaccini. Tuttavia, sebbene i vaccini siano stati cruciali per salvare vite umane, si sono dimostrati inefficaci nel contenere la diffusione del virus. Di conseguenza, misure particolarmente intrusive della libertà delle persone sono state introdotte. Fatto ancor più grave e che tali misure non tengono più conto (o ne tengono molto meno) dello status vaccinale.

Nel paragrafo successivo, al fine di valutare la legittimità del Regolamento sul *Green Pass*, esplorerò il principio di proporzionalità applicandolo al contesto delle certificazioni sanitarie. Prima di fare ciò, dovrò brevemente delineare il quadro giuridico dell'UE sulla libertà di movimento, prestando attenzione alle recenti deroghe dovute all'emergenza sanitaria.

14 Per l'introduzione di ulteriori misure sanitarie per ottenere il certificato COVID, si v. A. Giuffrida e J. Henley "Italy to tighten COVID rules for unvaccinated with super green pass", *The Guardian*, 24 novembre 2021, <https://www.theguardian.com/world/2021/nov/24/italy-poised-to-tighten-rules-for-unvaccinated-with-super-green-pass>.

15 Per le recenti misure restrittive in Francia, si v. A Sandford, "COVID: Omicron variant prompts France to drastically restricting travel to and from UK 17 dicembre 2021", *Euronews*, <https://www.euronews.com/2021/12/16/france-to-tighten-entry-requirements-for-uk-arrivals-over-omicron-covid-variant>.

16 Sulle recenti restrizioni negli Stati membri dell'UE, si v. "COVID in Europa: lista completa delle restrizioni di viaggio per ogni paese europeo", <https://www.euronews.com/travel/2021/12/08/what-s-the-latest-on-european-travel-restrictions>.

17 Le misure in questione sono state introdotte con il d.l. 7 gennaio 2022, n. 1, "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore". (22G00002) (GU Serie Generale n.4 del 07-01-2022), entrato in vigore l'8 gennaio 2022. Per le principali novità cfr. <https://www.leggioggi.it/2022/01/10/super-green-pass-guida-completa/#Cose>.

3. Libertà di movimento.

Da cittadini europei noi sappiamo molto bene che la libertà di movimento è una pietra miliare dell'UE e un diritto fondamentale di ogni persona¹⁸. Secondo il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ogni cittadino ha il diritto fondamentale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli stati membri, con le sole limitazioni previste dagli altri trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. Inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CFREU) e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) garantiscono ad ogni cittadino il diritto di muoversi liberamente nel territorio degli stati membri. Il diritto alla libertà di movimento è specificamente regolato dalla direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce in dettaglio le procedure per esercitarlo¹⁹.

Gli stati membri possono limitare la libertà di movimento per ragioni di salute pubblica, secondo il diritto dell'UE²⁰. Durante la recente emergenza, diverse misure sanitarie riguardanti i requisiti obbligatori di quarantena, autoisolamento e test per l'infezione sono stati presi dai governi dell'UE limitando il diritto delle persone di muoversi liberamente all'interno dei territori degli stati membri, oltre che di accedere ai principali servizi pubblici²¹.

Per coordinare i vincoli governativi imposti dall'emergenza, il Consiglio ha adottato la raccomandazione (UE) 2020/1475²². Essa fornisce alcune coordinate per la regolamentazione del rischio sanitario nell'UE, selezionando criteri comuni per

18 Cfr. P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford, Oxford University Press, 6th edn, 2015), p. 15, 744, 784, 796, pp. 966-70, 972-3, p. 976. Si veda anche E. Baldoni, "La libera circolazione delle persone nell'Unione europea: A Legal-historical Overview", *Pioneer Working Paper No. 2*, 2003, pp. 10.

19 Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al "Diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri", che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68, GU L 158 del 30.4.2004, pp. 77-123, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0038>.

20 Per una panoramica sui principi che mediano i conflitti tra libera circolazione e beni pubblici, si v. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law* (Cambridge, Cambridge University Press, IV ed., 2019), pp. 827-849.

21 Per un'analisi delle misure introdotte dagli stati membri dell'UE che influiscono sulla libera circolazione delle persone durante la pandemia, si v. D. Duic, V. Sudar, "The Impact of COVID-19 on the Free Movement of Persons in the EU" (2021) 5 *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, pp. 30-56.

22 Raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio, del 13 ottobre 2020, su un "Approccio coordinato alla limitazione della libera circolazione in risposta alla pandemia COVID-19" (Testo rilevante ai fini del SEE) GU L 337 del 14.10.2020, pp. 3-9 ELI: <http://data.europa.eu/eli/reco/2020/1475/oj>.

l'attuazione dei divieti di viaggio, definendo aree geografiche con diversi codici di colore a seconda del livello di rischio per la diffusione del virus in queste aree, e applicando misure proporzionate per le persone che si spostano in questi territori. Inoltre, per rafforzare il processo decisionale dei governi, il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC) pubblica ogni settimana i dati relativi al numero di casi che si verificano negli stati membri, così come i tassi di test e di positività riportati per regione geografica²³.

Gli Stati membri possono limitare la libertà di movimento delle persone per ragioni di salute pubblica, purché lo facciano nei limiti dei principi fondamentali dell'UE. Ogni restrizione al diritto fondamentale di libera circolazione deve essere guidata dal raggiungimento dell'interesse pubblico attraverso ragioni specifiche e limitate.

4. Principio di proporzionalità.

Per approfondire questi temi, valuteremo ora se le restrizioni alla libera circolazione delle persone per scopi di salute pubblica siano conformi a uno degli elementi chiave dell'ordine giuridico dell'UE, vale a dire il principio di proporzionalità. Nello specifico, guarderemo all'applicazione di questo principio ai certificati sanitari e al *Green Pass* in particolare.

Il principio di proporzionalità come strumento giuridico di bilanciamento dei diritti fondamentali è sancito da una delle più importanti convenzioni sui diritti delle persone: la CEDU. La Convenzione afferma che i limiti all'esercizio dei diritti sono ammessi solo se le restrizioni sono stabilite dalla legge e sono necessarie, in una società democratica, a proteggere altri diritti: nel nostro caso, la salute pubblica.

La proporzionalità, che si applica sia alle azioni degli stati membri che a quelle delle istituzioni europee, appare particolarmente rilevante per quanto riguarda il caso del diritto alla libertà di movimento dei cittadini dell'UE dopo l'introduzione del Regolamento sul *Green Pass*.

23 Cfr. ECDC, "Mappe a sostegno della raccomandazione del Consiglio su un approccio coordinato alle misure di viaggio nell'UE", <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates/weekly-maps-coordinated-restriction-free-movement>.

I giuristi²⁴ e la giurisprudenza²⁵ forniscono un importante quadro di riferimento, stabilendo le condizioni alla luce delle quali la proporzionalità di una misura può essere determinata. In particolare, la proporzionalità di una misura viene valutata attraverso tre test: necessità, adeguatezza e proporzionalità *stricto sensu*²⁶. Le norme sul *Green Pass* e le misure governative che si basano sull'*enforcement* di questo regolamento non sono esenti dalla verifica del rispetto dei tre criteri²⁷.

All'inizio della nostra discussione abbiamo chiarito gli obiettivi per l'introduzione del Regolamento *Green Pass*. Le politiche dell'UE fanno riferimento in particolare sia

24 Cfr. G. de Búrca, "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law" (1993) 13 Yearbook of European Law 105; A. Sandulli, "Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati" (1995) Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 329; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law* (Kluwer, 1996); G. Gerapetritis, *Proportionality in Administrative Law* (Sakkoulas, 1997); D.-U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo* (Giuffrè, 1998); E. Ellis (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Hart, 1999); J. Jans, "Proportionality Revisited" (2000) Legal 27 Issues of Economic Integration 239; U. Bernitz, J. Nergelius, *General Principles of European Community Law* (Kluwer, 2000); E. Castorina, "Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una Democrazia europea" (2003) Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 301; D.-U. Galetta, "La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento" (2006) Giornale di Diritto Amministrativo 1106; T. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (Oxford University Press, 2 ed., 2006) cap. 3; J. Schwarze, *European Administrative Law* (Sweet & Maxwell, ed. riv., 2006) cap. 5; A. Stone Sweet, J. Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism" (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law 73; T.I. Harbo, "The Function of the Proportionality Principle in EU Law" (2010) European Law Journal 158; P. Craig, *EU Administrative Law*, 2 ed., (Oxford University Press, 2012) 590-640; A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press, 2012); M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford, Oxford University Press, 2012); W. Sauter, "Proportionality in EU Law: A Balancing Act?" (2013) 15 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 439; B. Pirker, "Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study" (Groningen, Europa Law Publishing, 2013).

25 Cfr. Corte di Giustizia UE, causa C-331/88 "Fedesa e altri" [1990] ECR I-2340, dove la Corte ha stabilito: "[i]n base al principio di proporzionalità, che è uno dei principi generali del diritto comunitario, la legittimità del divieto di un'attività economica è subordinata alla condizione che le misure di divieto siano appropriate e necessarie per raggiungere gli obiettivi legittimamente perseguiti dalla legislazione in questione".

26 Nella giurisprudenza europea, non c'è un consenso unanime sul fatto che questo principio comprenda anche la cosiddetta proporzionalità *stricto sensu*. Si v. P. Craig, *EU Administrative Law*, *supra* nota 24, pp. 591-92, e anche pp. 601-4. Si v. anche W. van Gerven, "The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe" in Ellis (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, *supra* nota 24, pp. 37-38. Secondo Craig "[l]a normale formulazione giudiziaria della proporzionalità è espressa in termini di adeguatezza e necessità. Inoltre, i tribunali dell'UE non sempre affrontano ciò che è generalmente noto come l'indagine di proporzionalità *stricto sensu*". Nonostante ciò, Craig sostiene che "ci sono comunque due ragioni per resistere a questa conclusione" (traduzione mia). Per queste due ragioni, cfr. pp. 601-2 e la giurisprudenza dell'UE lì

alla ripresa delle attività economiche e sociali, sia alle migliori condizioni per i viaggi su territori degli stati membri.

Tuttavia, se il *Green Pass* prevede che i viaggi e le attività socio-economiche possano essere ripresi in sicurezza, dovremmo aspettarci che ci siano prove scientifiche sufficienti a dimostrare che le persone in possesso di tali certificati non siano in grado di trasmettere il virus, o almeno che ci siano meno probabilità di trasmetterlo secondo una certa soglia di rischio. Pertanto, la salute pubblica è l'elemento chiave alla luce del quale la politica e gli obiettivi del *Green Pass* possono essere spiegati.

Venendo alle tre componenti giuridiche che costituiscono il principio di proporzionalità, dobbiamo innanzitutto verificare e valutare l'idoneità della misura in relazione al suo obiettivo (c.d. *suitability*). Così, nel valutare l'idoneità di questi certificati, consideriamo la loro adeguatezza e il *background* scientifico che li sostiene come misure per raggiungere gli obiettivi perseguiti.

Poi, va determinata la reale necessità della misura introdotta dalle politiche pubbliche rispetto agli obiettivi proposti (c.d. *necessity*), vale a dire verificando che tali certificati rappresentino la misura meno restrittiva per le libertà civili delle persone²⁸, rispetto ad altre possibili soluzioni.

Infine la proporzionalità *stricto sensu*²⁹, secondo cui le misure non dovrebbero essere chiaramente sproporzionate quando si bilanciano costi e benefici³⁰. Questo implica che, nel caso del Regolamento sul *Green Pass*, i diritti fondamentali della libertà di movimento non possono essere irragionevolmente o sproporzionatamente colpiti solo per raggiungere l'obiettivo perseguito dalle politiche dell'UE.

Esaminando l'adeguatezza del *Green Pass* ci rendiamo conto che, per quanto abbiamo discusso finora, il quadro scientifico delle conoscenze sull'efficacia dei vaccini ad impedire o quanto meno a contenere la diffusione dell'infezione induce ad essere molto cauti. Di conseguenza, l'appropriatezza di questa misura dovrebbe essere messa in discussione. Al contrario, come è reso evidente dai dati epidemiologici e che mostrano il boom delle infezioni durante la diffusione di nuove

citata.

27 Cfr. E. Paris "Applying the Proportionality Principle to COVID-19 Certificates" (2021) 12 *European Journal of Risk Regulation* 287.

28 Cfr. W. Sauter, "Proportionality in EU Law: A Balancing Act?", *supra* nota 24.

29 Cfr. P. Craig, *EU Administrative Law*, *supra* nota 24, pp. 601-2, dove l'autore chiarisce la rilevanza del test di proporzionalità *stricto sensu*. Quest'ultimo test si ha quando il giudice ha trovato che la misura era sia adatta che necessaria per raggiungere il fine desiderato, ma il richiedente sostiene che l'onere posto su di lui dalla misura dovrebbe comunque essere considerato sproporzionato rispetto ai benefici assicurati.

30 Cfr. E Paris "Applying the Proportionality Principle to COVID-19 Certificates", *supra* nota 27, p. 292.

e più insidiose varianti del virus, la vaccinazione si è dimostrata inefficace a impedire o limitare la diffusione del contagio.

I vaccini hanno giocato un ruolo chiave per impedire conseguenze gravi della malattia e questo è un cavallo di battaglia che le politiche pubbliche e i governi europei hanno usato per promuovere le campagne di vaccinazione di massa. Tuttavia l'idoneità rispetto al principio di proporzionalità di questa misura pubblica non è comunque soddisfatta, se si tiene conto che lo scopo della politica del Regolamento sul *Green Pass* è quello di ripristinare la libertà di movimento in modo sicuro all'interno dei territori degli stati membri. E questo è ciò che i dati sull'elevato numero di contagi in tutta Europa contraddicono.

Per quanto riguarda il profilo della necessità, sembra abbastanza chiaro da quanto argomentato finora che la misura amministrativa sanitaria della vaccinazione – che, come abbiamo detto, è l'unico strumento che permette di ottenere il certificato *Green Pass* in modo concreto – non è la misura meno restrittiva se confrontata con altre disponibili.

Non è il momento né l'occasione per parlarne. Ma qui basti pensare che un vaccino è un trattamento medico invasivo, mentre indossare una mascherina protettiva e rispettare le misure di distanziamento sociale, anche se limitativi della libertà personale, non possono tuttavia essere qualificati come trattamenti sanitari che incidono sulla salute della persona.

Per essere più chiaro, esaminiamo nuovamente la questione. I dati epidemiologici mostrano che i vaccini, anche se implementati in tutta Europa in modo abbastanza efficace, non hanno contribuito più di altre misure a impedire la diffusione dell'infezione. Ciò è sotto gli occhi di tutti, anche dei governi che hanno reintrodotto misure intrusive al di là dello stato di vaccinazione. Se è così, potremmo chiederci cosa sia successo dopo che si è presa coscienza di questo fallimento inaspettato. Sorprendentemente (o no, a seconda dei punti di vista), un po' ovunque in Europa i governi hanno (re)introdotto misure di contenimento del contagio che incidono notevolmente sulla libertà di spostamento e di accesso ai servizi pubblici e privati essenziali.

Ma, come detto, il fatto che più dovrebbe far riflettere è che le nuove politiche pubbliche hanno disatteso il *Green Pass* europeo e con esso, sostanzialmente, lo *status* vaccinale. In effetti, se guardiamo ai provvedimenti emanati dai governi europei, subito dopo la diffusione di nuove varianti del virus, noteremo che sono state richieste condizioni ulteriori come l'esibizione di un test negativo, un periodo di quarantena/autoisolamento, oltre che l'obbligo di mascherine protettive.

Nessuno qui vuole dubitare che i vaccini possano salvare vite umane. Ma impedire, o almeno limitare significativamente, la diffusione della pandemia è una questione diversa. E, come dimostrano i dati, i vaccini non sono serviti a questo scopo.

Dobbiamo infine verificare il terzo criterio del test di proporzionalità, vale a dire la proporzionalità *stricto sensu*. Sulla base di questo parametro, l'analisi costi-benefici suggerisce che non si può chiedere alle persone di vaccinarsi per poter circolare liberamente e accedere ai servizi essenziali quando sono presenti misure meno intrusive della libertà personale e altrettanto efficaci; o anche "più" efficaci, visto che la funzione dei vaccini è quella di proteggere da conseguenze gravi dell'infezione e non di impedire la trasmissione e la diffusione del *virus*.

Inoltre, l'analisi costi-benefici deve tenere conto che molte persone potrebbero essere eticamente, culturalmente o religiosamente contrarie ai trattamenti sanitari e alle vaccinazioni in particolare. Ciò non significa che tali persone possano essere escluse dalla vita sociale. Non sorprende che in tutti i paesi europei ci siano state e continuino ad esserci veementi proteste contro le politiche dei certificati sanitari basate essenzialmente sul requisito della vaccinazione³¹.

C'è poi un'altra questione, non meno importante di quelle che abbiamo sin qui esaminato. Il fatto di porre i vaccini alla base delle politiche sul *Green Pass* e magari in futuro per altri certificati sanitari porta con sé un particolare rischio. Il rischio è che tale politica possa promuovere comportamenti opportunistici da parte di coloro che si sentono legittimati da una sorta di "licenza" governativa a comportarsi in modo irresponsabile per la salute degli altri, riducendo la soglia di attenzione rispetto alle misure precauzionali e di mitigazione. È un po' quello che succede con l'assicurazione obbligatoria per legge contro gli incidenti stradali, dove l'automobilista potrebbe essere incentivato a guidare in modo meno prudente (o, in ipotesi estreme, avventato) sapendo che in caso di sinistro può sempre contare sulla copertura della sua polizza.

Un recente lavoro empirico, che ho esaminato in qualità di revisore scientifico³², mostra – seppure su un campione limitato quantitativamente e geograficamente di persone – come la maggior parte degli intervistati abbia deciso di vaccinarsi non

31 Cfr. A. Brezar, "New COVID measures and restrictions spark protests across Europe, inciting anger", EuroNews, 20 dicembre 2021, <https://www.euronews.com/2021/12/19/new-covid-measures-and-restrictions-spark-protests-across-europe-inciting-anger>.

32 G. Moccia, L. Carpinelli, G. Savaresem, F. De Caro, *Vaccine Hesitancy and the Green Digital Pass: A Study on Adherence to the Italian COVID-19 Vaccination Campaign*, *Int. J. Environ. Res. Public Health* 2022, 19(5), 2970; <https://doi.org/10.3390/ijerph19052970>.

tanto per i rischi legati alla malattia, quanto piuttosto per paura di restare esclusi dai servizi pubblici e privati essenziali; sostanzialmente per ottenere il Green Pass e non essere tagliati fuori dalla vita sociale secondo la seguente logica:

no vaccino → no Green Pass → no vita sociale

5. Giurisprudenza amministrativa.

In Italia, una decisione del Consiglio di Stato ha toccato alcuni punti relativi agli argomenti che ho affrontato in questo articolo.

La sentenza è stata adottata dalla III Sezione il 20 ottobre 2021, n. 7045 su relazione del Dr. Massimiliano Nocelli. Si tratta di una pronuncia densa di contenuti (78 pagine) e che tocca temi di rilevante attualità.

La questione sul tavolo del giudice era relativa alla sicurezza e all'efficacia dei vaccini e traeva origine dalla contestazione di una legge nazionale che obbliga medici, infermieri e molti altri professionisti dell'area sanitaria a sottoporsi alla vaccinazione³³. Qui ad essere in gioco non è il *Green Pass*, ma è l'obbligo vaccinale per una specifica categoria di persone che per ragioni di servizio è – almeno sulla carta – esposta ad un rischio maggiore di altre di contrarre e diffondere il virus.

Un primo punto critico della norma deriva dal riferimento generico all'intera categoria del personale sanitario, quando una valutazione appropriata del rischio avrebbe suggerito di selezionare e restringere il campo a quella cerchia di professionisti che sono realmente esposti al contagio. Il rischio – sempre a livello potenziale – che corre un endocrinologo non è lo stesso che corre un infettivologo, né quello che corre un medico del pronto soccorso è il medesimo che corre un medico di medicina generale.

Al di là della irragionevolezza della norma, la decisione del Consiglio di Stato è corretta. Ma lo è solo perché le censure delle parti sono poste in modo sbagliato. La tesi della difesa sulla “sperimentalità” dei vaccini non è corretta. Perlomeno, i vaccini autorizzati “in via condizionale” non sono tali per la legge Europea, né per quella italiana.

Allo stesso modo, neppure il ragionamento seguito dal giudice su alcuni rilevanti punti della questione che toccano da vicino l'argomento della vaccinazione come base per ottenere il *Green Pass* è convincente.

³³ Decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 79 del 1 aprile 2021), coordinato con la legge di conversione 28 maggio 2021 n. 76 recante: «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici».

Secondo il giudice l'efficacia del vaccino nell'impedire la trasmissione del contagio sarebbe confortata dai dati dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS)³⁴. Tuttavia i dati cui fa riferimento l'estensore della sentenza non sono idonei a definire se il vaccino previene dall'infezione. Semmai sono utili a stabilire se il vaccino sia stato in grado di evitare le conseguenze più gravi della malattia, che è lo scopo principale di un farmaco. È difficile sostenere che ci siano farmaci che presi sulla propria persona siano utili ad altri.

È evidente che non si può stimare la percentuale di prevenzione da contagio dovuta ai vaccini esclusivamente su un campione di dati di persone positive al virus. Chi ci dice che un minore numero di contagiati non sia dovuto al rispetto delle misure di distanziamento, delle misure di mitigazione o semplicemente al buon senso delle persone?

Eppure ciò che più preoccupa della sentenza in questione è un altro profilo, che qui anticipiamo e che sarà oggetto della riflessione che chiude il paragrafo finale dell'articolo, esposta nella forma del tutto provvisoria propria delle questioni aperte e delle sfide future.

L'estensore della sentenza tocca il tema cruciale della tutela della salute pubblica e lo fa "mettendo in guardia" da concezioni costituzionali che costruiscono la salute pubblica come bene appartenente solo al singolo individuo, piuttosto che alla collettività³⁵.

Ma cosa intendeva dire il giudice amministrativo con "salute pubblica"? È un interrogativo a cui non darò una risposta qui, ma sarà un utile punto da dove far partire future ricerche. Sul punto, come anticipato, tornerò nell'ultima parte del paragrafo che segue.

6. Sfide future.

Prima di giungere ad alcune conclusioni e discutere del significato di salute pubblica vorrei toccare un altro aspetto molto delicato della questione legata alla certificazione sanitaria. Le politiche dell'UE sul *Green Pass*, ma più in generale su altri certificati vaccinali, possono comportare un rischio per la democrazia. Esse potrebbero creare discriminazioni basate sullo stato di salute, distinguendo coloro che sono vaccinati da quanti non lo sono. Determinare quali persone possono godere

34 Consiglio di Stato, Sezione III Sezione, 20 ottobre 2021, n. 7045, pp. 41-42.

35 Ibid., pp. 56-57.

delle libertà civili e quali no, o almeno chi non può essere limitato da chi può, potrebbe in futuro dipendere da un “status sanitario”.³⁶

È questo un punto che va chiarito. Vaccinarsi è un modo terapeutico per preservare la propria salute, non una base giuridica per permettere o proibire l’accesso alla vita sociale e il godimento dei diritti e delle libertà civili delle persone.

Eppure, se prendiamo ancora una volta il Regolamento europeo sul *Green Pass*, le nostre perplessità non possono che aumentare. Nel Considerando (7) del Regolamento si legge: “[l]a libera circolazione delle persone che [...] non *rappresentano un rischio significativo per la salute pubblica*, ad esempio *perché sono immuni* e non possono trasmettere la SARS-CoV-2, non dovrebbe essere limitata, poiché tali restrizioni non sarebbero necessarie per raggiungere l’obiettivo della salvaguardia della salute pubblica”³⁷ (enfasi mie).

Questa presa di posizione solleva almeno tre questioni. La prima riguarda la preferenza per lo stato di salute della persona vaccinata (“immunizzata” nel testo).

La seconda riguarda il concetto di salvaguardia della salute pubblica.

La terza riguarda la non trasmissibilità del virus da parte dei vaccinati.

Ho spiegato il mio punto di vista sulla prima e la terza questione, e qui è sufficiente dire che la vaccinazione non è efficace per ridurre il rischio di trasmissione dell’infezione rispetto ad altre misure meno invasive e più efficaci, pertanto non può essere accordata una preferenza sulla base di tale requisito sanitario.

Il secondo punto richiederebbe una discussione approfondita che va oltre lo scopo di questo articolo. Possiamo almeno esaminare il problema ponendo una domanda che può essere il punto di partenza per future ricerche. Cosa si intende con la frase “raggiungere l’obiettivo di salvaguardare la salute pubblica?”.

Il mio punto di vista qui è semplice. Non è chiaro cosa si intenda per salute pubblica, né è conseguentemente chiaro come si debba raggiungere quest’obiettivo. Con salute pubblica si intende la salute di ogni individuo singolarmente inteso o si intende un parametro oggettivo, uno *standard*, che indica lo stato di salute di una collettività come può essere la popolazione di uno stato membro? Inoltre, se si tratta di uno *standard*, chi decide che tale standard sia corretto in relazione ad ogni singola persona?

36 Su questo argomento, si v. le due opere fondamentali di M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione: Corso al Collège de France, 1977-78* (Feltrinelli, Milano 2005) e *La nascita della biopolitica: Corso al Collège de France, 1978-79* (Feltrinelli, Milano 2005), quest’ultimo citato anche nella versione originale in francese nell’epigrafe. Recentemente, si v. K. Berker, “Biosecurity: securing circulations from the microbe to the macrocosm” *The Geographical Journal* (2015) 181(4), pp. 357-365.

37 Regolamento (UE) 2021/953, Considerando (7) *supra* nota 3.

A tal proposito noi sappiamo come lo scopo principale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) è quello "di portare tutti i popoli al *più alto livello possibile di salute*"³⁸ (enfasi mia).

Ma chi decide quale sia il più alto livello di salute per un singolo individuo piuttosto che di un intero popolo? Come si potrebbe misurare in termini di costi-benefici³⁹ il trattamento terapeutico richiesto al singolo (costo/sacrificio), come è nel caso della vaccinazione di una popolazione, per il bene della salute pubblica (beneficio)?

Sono questioni che sollevano più di una ragione urgente per una discussione approfondita e pongono delle sfide alle definizioni consolidate nel diritto pubblico che tuttavia dovrebbero essere affrontate nel prossimo futuro.

38 Cfr. Art. 1 della Costituzione dell'OMS, 22 giugno 1946, 14 UNTS 185, disponibile online all'indirizzo: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (traduzione ed enfasi mie).

39 Per un'analisi illuminante sui temi della valutazione della vita si v. C.R. Sunstein, *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2014.