

I- PARTE PRIMA

1. “CERTIFICATO VERDE” E COSTITUZIONE ITALIANA

La pandemia da COVID-19, che ha messo in ginocchio l'intero pianeta nel biennio 2020-2021, ha indubbiamente sollevato seri interrogativi e perplessità, nonché tumultuose questioni aventi ad oggetto la compressione di fondamentali diritti dell'individuo, tanto da indurre qualcuno a parlare di una nuova «era costituzionale»¹. Molte delle problematiche sorte in questo contesto, non consistono in mere questioni di dettaglio, trascurabili perché rivolte ad una percentuale minima di soggetti e relative ad interessi marginali; tutto il contrario. Lo scenario delle questioni emerse a seguito dell'infezione da SARS-CoV-2 ha avuto ad oggetto temi di primaria importanza, interessi, diritti, doveri e libertà fondamentali che sono alla base della Costituzione italiana, dell'ordinamento europeo e non solo. Il virus in questione, infatti, noto come “Coronavirus”, oltre a paralizzare ogni forma di libertà, costringendo più o meno l'intera popolazione mondiale a rifugiarsi entro le mura di casa e rinunciare ad ogni genere di interazione sociale (escluse quelle di natura virtuale) o abitudine quotidiana, ha ben presto piegato, o comunque messo a dura, prova l'assetto di gran parte dell'ordinamento giuridico italiano, sollevando dubbi sulla conformità a Costituzione delle misure adottate dal Governo italiano per fronteggiare la pandemia e consentire il graduale ritorno ad una normalità mai tanto attesa. Ciò tanto in una prima fase della diffusione del virus, con la previsione di decreti-legge limitativi della libertà di circolazione, quanto in una fase più avanzata, con la previsione di misure atte a tutelare il singolo individuo, ma, prima di tutto, l'intera collettività. Tra tali ultime misure, quella senz'altro più pregnante (e problematica), che registra anch'essa una graduale propria evoluzione e storia è la “Certificazione verde”, forse meglio nota come “Green Pass”.

L'impatto che hanno avuto questi provvedimenti nella vita dei consociati è stato così forte e intenso da ingenerare dubbi circa la legittimità di tali previsioni. In una democrazia come quella italiana, la Costituzione, assieme alle fonti eurounitarie, funge da guida ad ogni forma di questione circa la legittimità di atti che interessano o sono volti a limitare, seppur temporaneamente e in condizioni straordinarie di necessità, urgenza, diritti fondamentali previsti dalla stessa Carta costituzionale, oggetto del presente studio. Le restrizioni adottate in una situazione di emergenza come quella che ne è scaturita dalla diffusione del Coronavirus, devono pur sempre misurarsi con i principi dell'ordinamento e i diritti fondamentali della Costituzione. Va da sé che il contesto in cui sono nate e si sono sviluppate tali misure, essendo uno scenario anormale (di emergenza appunto)², difficilmente può garantire la piena tutela di tutti gli

¹C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, parte III, n.1 2020, p. 78. In particolare, «siamo stati tutti bruscamente scagliati in un'altra era costituzionale: quella della Costituzione al tempo del Coronavirus: il Covid-19, il terribile virus ad alta infettività che colpisce l'apparato respiratorio umano e che si è rapidamente diffuso dalla Cina in una pandemia di proporzioni mondiali, portando l'Organizzazione mondiale della sanità a dichiarare lo 'stato di emergenza sanitaria pubblica di interesse internazionale' e l'Italia lo 'stato di emergenza di rilievo nazionale».

² U. CURI, *Il falegname e la norma*, in *Antigone*, 1985, p. 21, in cui l'autore definisce l'emergenza come «una sporgenza rispetto a una linearità, o più esattamente la rottura imprevedibile di una continuità; in

interessi coinvolti. Pertanto, il fine delle misure restrittive e di tutti i provvedimenti atti a regolare qualsiasi comportamento durante la pandemia, per quanto nobile possa presentarsi, non può prescindere dai limiti imposti dalla stessa Carta costituzionale. Un rapporto di proporzionalità e adeguatezza delle misure stesse in rapporto agli interessi coinvolti è, oltre che necessario, doveroso. Ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità³ sono principi che non possono essere messi da parte neanche in condizioni di emergenza, come quella sorta a seguito della diffusione del Covid-19. Pertanto, anche in questo caso, le risposte ai dubbi e alle problematiche che ne sono sorte non potranno che essere trovate alla fine di un processo di bilanciamento delle posizioni soggettive coinvolte atto a coordinare le esigenze, i diritti e le libertà costituzionalmente protetti. Tale operazione all'insegna dei principi/doveri di proporzionalità e ragionevolezza, tra diritti e interessi concorrenti, consiste sempre in un meccanismo che non può essere operato in assoluto ma che deve di volta in volta adeguarsi e adattarsi alle circostanze del fatto concreto.

Quel che ci si propone di fare in questa prima parte del presente studio è di analizzare il dettato costituzionale, in modo da trarne risposte che verifichino, o meno, la compatibilità a Costituzione delle misure antipandemiche.

1.1 L'articolo 32 della Costituzione come possibile fondamento dell'obbligo di "certificato verde".

Lo scenario improvviso e totalmente inaspettato, causato dalla diffusione dilagante e incontrollata del Coronavirus, ha comportato un'invasione nella sfera dei diritti e delle libertà dei consociati così intensa da ingenerare sospetti sulla compatibilità costituzionale delle restrizioni iniziali alla libertà di circolazione ex art.16 ma, soprattutto, della previsione dell'obbligo del c.d. "certificato verde". Tale strumento, sottoposto nel tempo ad un proprio processo evolutivo, che verrà approfondito più avanti, ha gradualmente assunto una posizione tanto centrale da arrivare ad essere l'unico mezzo in grado di riconquistare i diritti e le libertà fondamentali "sospese" a causa della crisi sanitaria che il virus ha comportato⁴. Ciò che qui ci si propone, è, quindi, di analizzare il dettato normativo della Costituzione, e cercare, assieme

quanto tale, il sostantivo è indeclinabile, perché una ipotetica molteplicità di 'sporgenze' modificherebbe la linearità da cui esse risultano, impedendo quindi di distinguere fra ciò che è lineare e ciò che sporge, e perché l'eventuale ripetizione della rottura di continuità toglierebbe a questa il proprio carattere continuo, conferendo altresì prevedibilità all'interruzione, e con ciò attribuendo contraddittoriamente regolarità alla discontinuità. L'emergenza, allora, non può che essere un evento singolare, impreveduto, eterogeneo rispetto ad altri, anomalo, in quanto sospende il nomos della linearità da cui sporge, transitorio, perché una permanenza della sporgenza la trasformerebbe in una linearità, pur se diversa dalla precedente»

³ In proposito si veda F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 2013; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 59; M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana, 2013*; O. PORCHIA, *La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea con particolare riferimento all'ordinamento italiano*, in AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 19 ss.

⁴ In proposito si veda P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Cortisupremealute.it*, n.1/2021, che mette in evidenza il concetto di «macrobilanciamento», in quanto ravvisa, nel contesto storico in esame, non un bilanciamento tra diritti, come avviene usualmente, bensì un «legame diritto vs diritto, ove il primo termine si identifica nel diritto alla salute e nel secondo si colloca la metamorfosi sistemica che la salvaguardia del primo richiede».

all'apporto fornito dalla dottrina e dalla giurisprudenza, di verificare la compatibilità costituzionale della previsione del c.d. "Green pass". A tal fine, pare opportuno individuare, come punto di partenza, la norma che tutela il diritto alla salute nella Costituzione italiana, analizzarne la struttura, i limiti e cercare di comprendere in che modo si articola quel pressoché inevitabile meccanismo di bilanciamento tra interessi confliggenti, tutti protetti dalla stessa norma.

La centralità della persona umana all'interno della Costituzione italiana è una costante che si riscontra, anche e soprattutto, nel dettato normativo dell'art. 32 Cost., norma centrale per lo studio che ci si propone di sviluppare in quanto tutela il diritto alla salute. La salute, «è l'unico diritto che la Costituzione espressamente qualifichi come fondamentale, ad affermare la sua essenza di nucleo fondativo di tutti gli altri diritti costituzionali e presupposto irrinunciabile per la piena realizzazione della persona umana»⁵. Per poter comprendere correttamente la portata della norma in questione è bene volgere lo sguardo alla sua struttura: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art.32 Cost.). I due commi che compongono l'art. 32 Cost. rispecchiano strutturalmente il dualismo di cui gode la norma, intesa, appunto, e come diritto e come libertà. Se nel primo comma, infatti, appare semplice notare come il dettato normativo sia volto ad enfatizzare prima di tutto il c.d. "diritto ad essere curati", con uno specifico riferimento alla tutela da garantire a tutti gli indigenti, il secondo comma tratta quello che va a costituire, invece, il diritto a non volersi sottoporre ad un trattamento medico sanitario contro la volontà dell'individuo (c.d. "libertà/diritto di non curarsi"), facendo salvo il caso che quest'ultimo sia obbligato da una disposizione di legge⁶. Il secondo comma rappresenta, quindi, espressione della «pretesa negativa dell'individuo a non essere costretto a ricevere trattamenti sanitari, se non quelli di carattere obbligatorio, volti a tutelare la collettività»⁷. Al dualismo diritto/libertà, che connota la struttura dell'intero articolo, ne segue un secondo, espresso interamente nel primo comma: il diritto fondamentale alla salute appartiene, come si legge, sì all'individuo ma è anche, e soprattutto, un interesse della collettività meritevole di tutela. Il dibattito e le critiche più radicate nel contesto in analisi, nascono proprio da questa «duplice declinazione di diritto individuale e interesse della collettività»⁸. Il carattere della fundamentalità del diritto alla salute, in assenza di distinzioni, pare tanto da attribuirsi sia al singolo individuo che rifiuti un trattamento sanitario "consigliato", sia all'intera collettività affinché venga

⁵ S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, p. 321

⁶ Sul diritto alla salute come diritto ad essere curati si veda C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, Milano 1972, p. 433 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, p. 31 ss.;

Sul diritto alla salute come diritto di non curarsi si veda U. VERONESI, *Il diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia*, Milano, 2011, pp. 89 ss.; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw-Journal*, 3/2018, p. 145. D. MORANA, *L'ordinanza n. 207 sul "caso Cappato" dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*, in *AA.VV.*, Napoli, 2019, p.239.

⁷ S. BARTOLE, R. BIN, *Op. cit.*, p. 321

⁸ L. BARTOLUCCI, *Contributo allo studio dei profili costituzionali del "green pass": trattamento sanitario obbligatorio "indiretto" e "di fatto"?*, in *Federalismi.it*, n. 23/2022.

tutelata e protetta nell'interesse di tutti. Bisogna allora cercare la chiave di lettura della disposizione normativa, quell'interpretazione conforme a Costituzione che consenta, nel caso concreto, di gestire e risolvere lo scomodo conflitto di interessi e libertà coinvolte alla luce dell'emergenza da Covid.19.

Nel caso in questione il diritto alla salute concorre con il diritto all'autodeterminazione⁹. La soluzione al contrasto tra determinati diritti, come accennato sopra, si raggiunge tramite un bilanciamento degli interessi coinvolti alla luce dei criteri idonei a garantire una convivenza sistemica dei diritti contrastanti, in quanto «nessun diritto può professarsi 'tiranno' e quindi prevalere sugli altri»¹⁰. Come infatti ha chiarito la Corte costituzionale stessa nel 2013, «l'equilibrio nel bilanciamento deve essere valutato ed effettuato 'secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza', per evitare che sia sacrificato il 'nucleo essenziale'»¹¹. A tal proposito è stato chiarito che «quando in gioco sia solo l'interesse del singolo alla propria salute, dunque, la Costituzione dà la priorità assoluta al diritto all'autodeterminazione individuale, risolvendo così una volta per tutte il difficile bilanciamento con il parimenti fondamentale diritto alla vita»¹². Di contro, quando il diritto all'autodeterminazione si trovi a concorrere con l'interesse della collettività, quest'ultima funge da limite al godimento del diritto individuale. Tale ultimo diritto deve porsi a salvaguardia del benessere della collettività e dell'interesse generale. Infatti, come si legge chiaramente nel co.2 dell'art.32 Cost. «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». La corretta interpretazione da attribuire alla disposizione, secondo una nota pronuncia della Corte costituzionale, va «nel senso che un determinato trattamento sanitario può essere legittimamente imposto esclusivamente nei casi eccezionali e tassativi in cui vi sia una legge a prevederlo, e ciò sia necessario, "non solo a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"»¹³,¹⁴.

Il comma 2 dell'art.32 Cost., pertanto, prevedere esplicitamente la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, purché previsti con legge e nei limiti imposti dal rispetto della persona umana. E v'è di più. La tutela della salute implicherebbe anche il «dovere di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui»,¹⁵ facendo riferimento a quel principio/dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., di cui si tratterà in seguito.

L'art.32, comma 2, Cost. detta quindi i limiti di legittimità dell'imposizione obbligatoria di trattamenti sanitari. Si rimanda più avanti la trattazione analitica di tali limiti. Qui basti rilevare come il contemperamento del diritto individuale alla salute con il corrispondente diritto alla salute inteso in una dimensione collettiva (e quindi il benessere della collettività e la pretesa che quest'ultima non sia messo in pericolo da comportamenti o decisioni da parte del singolo) avvenga se (contemporaneamente): il

⁹ Sul concetto di autodeterminazione vedi C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in Osservatorio Costituzionale, n.1/2022.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 85 del 2013.

¹¹ *Ibidem*

¹² S. BARTOLE, R. BIN, *Op. cit.*, p. 328

¹³ *Ibidem*

¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 307 del 1990.

¹⁵ *Ibidem*

trattamento è diretto a migliorare non solo lo stato di salute di chi è assoggettato in prima persona, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; il trattamento non incide negativamente sullo stato di salute del singolo obbligato, eccetto per quelle conseguenze considerate normali e tollerabili; anche nell'ipotesi in cui si abbiano effetti che provocano danno al singolo obbligato, sia prevista la corresponsione di un equo ristoro (o indennizzo) al danneggiato, oltre all'eventuale risarcimento per danni¹⁶.

Molte delle critiche mosse alla campagna vaccinale promossa dallo Stato hanno fatto inizialmente perno sulle prime due condizioni aventi carattere scientifico-giuridico. L'inevitabile incertezza della ricerca medico scientifica ha rappresentato inizialmente un ostacolo alla giustificazione del vaccino anti Covid-19. Si è argomentato, infatti, che non c'è alcuna evidenza scientifica che il completamento del ciclo vaccinale fosse in grado di impedire la trasmissione del virus, né, tantomeno, vi era piena consapevolezza sulle controindicazioni ed eventuali effetti collaterali della vaccinazione. Questo, tuttavia, non fa venire meno la giustificazione dell'intervento di compressione della libertà individuale a favore del benessere sociale collettivo. Nonostante, infatti, l'iniziale assenza delle già menzionate garanzie, anche ammettendo l'incertezza circa la capacità del vaccino di impedire la trasmissione del virus, non si può non ammettere come, di contro, sia invece certa la sua capacità di indurre una risposta immunitaria tale da ridurre in maniera più che considerevole il contagio, ma soprattutto, tale da scongiurare conseguenze gravi della malattia¹⁷. Il numero precipitosamente calante dei posti letto in terapia intensiva registrati post-somministrazione del virus ne sono un'incontrovertibile prova. Se ciò comunque non fosse abbastanza, la risposta rassicurante, concreta ed autorevole ai dubbi sorti circa le condizioni giuridico-scientifiche di cui sopra, è arrivata (successivamente) e si può cogliere direttamente dalle pronunce dei Tribunali nazionali (e non) che così si sono espressi: «Il processo di sviluppo dei vaccini anti Covid-19 ha subito un'accelerazione senza precedenti a livello globale, ma nessuna tappa dell'iter necessario è venuta meno; ciò è stato possibile grazie al concorso di diversi fattori, quali, ad esempio, l'utilizzo di ricerche già condotte in passato sulla tecnologia a RNA messaggero (mRNA), gli studi sui coronavirus umani correlati al SARS-CoV-2, la conduzione parallela delle varie fasi di valutazione e di studio e, non ultime, le ingenti risorse umane ed economiche messe a disposizione in tempi stretti a livello mondiale. Nel caso dei vaccini in esame l'autorizzazione concessa è “condizionata”, in quanto, proprio in ragione della situazione di emergenza pandemica mondiale, tutte le procedure necessarie al completamento delle fasi di sviluppo dei vaccini sono state effettuate in tempi e con modalità molto più agili del normale: è importante, tuttavia, rimarcare che questa procedura (c.d. rolling review) garantisce una valutazione il più veloce possibile ma, al contempo, ugualmente completa ed approfondita di tutti i requisiti necessari in termini di sicurezza, efficacia e qualità del prodotto, in quanto gli standard (norme, procedure e protocolli) utilizzati per l'autorizzazione sono identici a quelli utilizzati per qualsiasi altro farmaco o vaccino. [...] l'autorizzazione concessa dall'EMA è “condizionata” e rappresenta, a tutti gli effetti, un'autorizzazione formale, che, sebbene si basi su dati meno completi rispetto a quelli richiesti per una “normale” procedura di approvazione alla immissione in

¹⁶ L. BARTOLUCCI, *Op. cit.* p. 30.

¹⁷ Cfr. Comunicato Stampa ISS del 9 luglio 2021, in cui l'Istituto Superiore della Sanità ha, infatti, reso noto che i vaccini anti Covid-19, in caso di completamento delle dosi previste, hanno rivelato efficacia «circa all'80% nel proteggere dall'infezione, e fino al 100% dagli effetti più gravi della malattia, per tutte le fasce di età».

commercio, presuppone comunque il positivo completamento di tutto il processo di valutazione ordinariamente previsto e il riferimento agli stessi standard (di sicurezza, di efficacia e di qualità) utilizzati per autorizzare qualsiasi altro farmaco o vaccino.»¹⁸ Inoltre, si tratta di un'autorizzazione condizionata rilasciata all'esito di una particolare procedura di approvazione prevista dal Regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006.

Inoltre, in ragione dello stato di emergenza, per il quale la nostra Costituzione non ne prevede una specifica regolamentazione, è pur sempre consentito presumere che i requisiti giurisprudenziali siano da adattare alla realtà fenomenica che concretamente ci si trova a vivere. Una caratteristica che emerge in questo contesto è quindi la duttilità della legge a fronte dei più disparati scenari emergenziali che possono verificarsi nel tempo, lontana da eccessivi limiti e rigidi formalismi. Il dettato costituzionale, in ed in particolare l'art.32 Cost., infatti, pur non potendo prevedere, com'è ovvio, una pandemia da Covid-19, non sembra presentare lacune normative o, all'opposto, antinomie insormontabili. Dalle considerazioni già compiute, e da quelle che ci si propone di elaborare in seguito, l'art.32 Cost. sembra rispondere in maniera efficace e corretta alla situazione emergenziale causata dalla diffusione del virus, ponendosi come solida base per l'imposizione di trattamento sanitario obbligatorio come il certificato verde. Quel che probabilmente è lecito chiedersi, è se il certificato verde possa costituire l'unico mezzo capace di fronteggiare la pandemia; se il contemperamento tra diritto alla salute individuale e interesse della collettività sarebbe stato possibile anche senza la previsione di un obbligo vaccinale vero e proprio; se strumenti diagnostici come il tampone, seppur meno invasivi, ma sicuramente rientranti nella definizione di trattamento sanitario obbligatorio, a determinate condizioni, possano rappresentare un equo compromesso delle libertà e i diritti coinvolti.

1.1.1 La tutela del diritto alla salute e trattamenti sanitari obbligatori nella Costituzione italiana.

Per un'analisi più specifica e completa pare opportuno inizialmente chiarire il concetto di trattamento sanitario obbligatorio e l'alveo di quelle situazioni giuridicamente tutelate dalla Carta costituzionale rientranti tutte nel concetto di "salute".

Il diritto alla salute è riconosciuto come diritto primario e fondamentale dall'art.32 della Costituzione. Ciò implica che esso, alla stregua di tutti i diritti fondamentali, è indisponibile, inalienabile, intrasmissibile ed irrinunciabile. Inoltre, compete a tutti, non solo ai cittadini italiani, in quanto diritto strettamente collegato alla persona umana.

La salute non è da intendersi limitatamente ad una concezione di uno stato corporeo privo di malattie o di lesioni corporee, bensì, in senso più ampio, è da intendersi come «benessere che deriva da soma e psiche»¹⁹. Nel senso da ultimo indicato si tratta di un

¹⁸ Cfr. Tribunale di Bologna, sent. 13 ottobre 2021. In particolare, si afferma anche: «Allo stato delle conoscenze scientifiche, nazionali ed internazionali, è, dunque, indubitabile che i vaccini di cui disponiamo sono estremamente efficaci nel prevenire le forme gravi della malattia, se viene completato il ciclo vaccinale, ed hanno comunque un'ottima efficacia nella prevenzione delle infezioni; e ciò in tutte le fasce di età, ivi compresa quella dai 12 ai 18 anni nella quale rientra la figlia delle odierne parti in lite.»

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 1985 ed anche: sent. n. 282 del 2002. In particolare, Cfr. Corte Cost. 2007/21748 che chiarisce come la salute non vada più intesa «come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua

diritto soggettivo primario ed assoluto, valido erga omnes e direttamente azionabile davanti all'autorità giudiziaria senza la necessità dell'intervento del legislatore²⁰.

Un'importante fase dell'evoluzione del concetto di salute all'interno dell'ordinamento è sicuramente rappresentata dal riconoscimento da parte della giurisprudenza della risarcibilità del danno biologico, prescindendo da ogni giudizio inerente la capacità reddituale del danneggiato²¹ (importanza in questo senso assume anche l'interpretazione non più tradizionale dell'art. 2059 c.c.). L'idea del benessere dell'integrità psico-fisica dell'individuo ha raggiunto negli anni Settanta del Novecento, anche una connotazione ambientale, includendo, nella tutela della salute, la pretesa del soggetto a vivere in un ambiente salubre, espressione dello stretto legame che intercorre tra condizioni di salute dell'uomo e condizioni della sfera ambientale in cui lo stesso vive e lavora. L'idea di fondo è che un ambiente insalubre comporta e condiziona innegabilmente lo stato di salute di chi lo abita e, viceversa, un ambiente sano avrà sicuramente risvolti di segno positivo in quella che è la cognizione di salute esposta precedentemente (protezione costituzionale del diritto all'ambiente inteso come habitat²² naturale dell'uomo)²³.

Si tratta, come si può agevolmente evincere, di un diritto che può inerire a situazioni soggettive costituzionalmente protette che presentano forti profili di eterogeneità tra loro: dalla lettura della norma si può notare come è costituzionalmente protetto l'interesse negativo del singolo a che terzi si astengano da comportamenti che possono pregiudicare l'integrità psico-fisica dello stesso soggetto; ma anche l'interesse del singolo a che lo Stato italiano predisponga ed assicuri le strutture e i mezzi necessari a garantire le più adeguate cure, in particolare la previsione che agli indigenti tale servizio è fornito gratuitamente; l'interesse del singolo a non essere costretto a subire trattamenti sanitari, tranne quelli obbligatori volti a tutelare la collettività; la corrispondente pretesa della collettività a che il singolo individuo non rechi nocimento all'intera collettività e ai suoi membri non avendo cura della propria salute.

Per ciò che concerne lo studio che ci si propone di svolgere, l'accezione sicuramente più interessante è quella del diritto alla salute inteso come diritto ad essere curati, o a ricevere prestazioni sanitarie, e il simmetrico diritto di non essere curati, o di rifiutare le cure. Il primo profilo trova espressa tutela nel comma 1 dell'art.32 della Costituzione ed è scindibile in diversi profili, in quanto riconducibile a diversi diritti che godono, conseguentemente, di differente tutela ed estensione: si articola quindi nel diritto a ricevere cure in un'accezione generale, tanto nei confronti delle strutture pubbliche che dei privati, alla sola condizione di avere la capacità economica di sopportare i costi; il diritto a ricevere cure gratuite, o quasi, da parte delle strutture pubbliche, anche se non si è in condizione di indigenza; il diritto a ricevere cure garantite da parte delle strutture

esperienza». In questo senso anche l'OMS, che fa riferimento al bene salute come a uno «stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia».

²⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 399 del 1996.

²¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 88 del 1979. In particolare, la Corte precisò come l'indennizzabilità del «danno non può essere limitata alle conseguenze delle violazioni incidenti sull'attitudine a produrre reddito, ma deve comprendere anche gli effetti della lesione al diritto, considerato come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente, da ogni altra circostanza e conseguenza».

²² Cfr. Corte cost., sent. n. 210 del 1987 in cui è stata affermato per la prima volta un «riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della collettività».

²³ Cfr. Corte cost., sent. n. 641 del 1987 in cui «L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat nel quale l'uomo vive e agisce e che è necessario alla collettività [...] è imposta anzitutto da precetti costituzionali, per cui esso assurge a valore primario ed assoluto».

pubbliche, se si è in condizioni di indigenza, ma anche da «strutture private non convenzionate, se quest'ultime sono le uniche aventi a disposizione i mezzi terapeutici e l'attrezzatura tecnologica e medico-diagnostica necessaria ad alto costo, in quanto specialistica, e i trattamenti sanitari interessati siano indispensabili»²⁴; il diritto alla scelta del medico e del luogo di cura, di concerto, s'intende, con l'organizzazione sanitaria ed a patto che ciò non comporti un esagerato aumento della spesa pubblica. In particolare, il carattere dell'indigenza va letto in relazione all'intera disposizione normativa, in quanto è da intendersi come "indigenza medica", e non come "povertà assoluta"²⁵, così che indigenti risulterebbero coloro che non sono in grado di pagare specifiche cure eccessivamente onerose ma essenziali per la salute.

Come voglia intendersi, il diritto ad essere curati si manifesta in una pretesa positiva nei confronti della Repubblica e dei poteri pubblici a che si assicuri un'effettiva assistenza sanitaria su tutto il territorio dello Stato, tanto in maniera diretta, fornendo apposite strutture assistenziali, tanto in maniera indiretta, servendosi dei privati e delle relative strumentazioni.²⁶ Già negli anni Novanta, inoltre, viene subito messo in risalto un aspetto che interesserà il presente studio: come il diritto alla salute sia un diritto costituzionale "condizionato"²⁷. "Condizionato", infatti, significa che anche il diritto alla salute non sfugge a quel processo di bilanciamento dei diritti, nel momento in cui esso concorra con altri interessi costituzionalmente protetti. Questa sua caratteristica, come anticipato sopra, rappresenta una chiave di lettura determinante nel momento in cui si cerca di dare una risposta costituzionalmente corretta ai dubbi circa la conformità a costituzione del "certificato verde", come anche di tutti gli altri mezzi adottati dal Presidente del Consiglio per fronteggiare la pandemia da Covid-19 e, in generale, tutte le altre misure antipandemiche. Prescindendo momentaneamente dal caso di specie, si può notare come ci sia stata un'evoluzione giurisprudenziale a riguardo, nel senso che segue: inizialmente il diritto alla salute ha sempre prevalso su qualsiasi altro diritto concorrente. È seguita, dopo, una seconda fase in cui il diritto alla salute si misurava e confrontava, bilanciandosi, con altri interessi (come, ad esempio, le esigenze relative

²⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 992 del 1998.

²⁵ Sul tema v. M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità, lotta alla povertà*, Napoli, 2012.

²⁶ S. BARTOLE, R. BIN, *Op. cit.*, p. 326 in cui viene approfondito come «la pretesa ad un'effettiva assistenza sanitaria da parte della Repubblica è rimasta a lungo insoddisfatta, sino alla l.833/1978 che, ponendo termine alla disparità di trattamento [...], ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale, caratterizzato dai principi di globalità delle prestazioni, universalità dei destinatari, uguaglianza dei trattamenti, e da una struttura organizzativa tesa a coprire capillarmente, tutto il territorio nazionale, mediante una diffusa rete di Unità Sanitarie Locali», le odierne ASL, «col fine di assicurare la promozione, il mantenimento e il recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzioni di condizioni individuali o sociali».

²⁷ Sul concetto di diritto alla salute come diritto condizionato vedi F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p.30; Cfr. anche Corte cost., sent. n. 455 del 1990, in cui si afferma: «considerato come diritto ad ottenere trattamenti sanitari, il diritto alla salute è basato su norme costituzionali di carattere programmatico e condizionato all'attuazione che ne dà il legislatore ordinario: attuazione, costituzionalmente obbligatoria, da realizzare gradualmente attraverso il ragionevole bilanciamento – sindacabile dalla Corte Costituzionale – con altri interessi o beni assistiti da pari tutela costituzionale nonché con l'obiettivo disponibilità di risorse organizzative e finanziarie». Cfr. anche Corte cost., sent. n. 304 del 1994, dove si precisa tuttavia che « nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al diritto ai trattamenti sanitari, le esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica non possono assumere un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, costituendo altrimenti esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa»

all'equilibrio della finanza pubblica)²⁸. Infine, sul finire degli anni Novanta, si è affermato il principio secondo cui il bilanciamento tra diritto alla salute e criteri di economicità non deve pregiudicare il «nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione»²⁹. In questo modo si è voluto garantire un “contenuto minimo essenziale” sussistente in una componente altrettanto minima di interventi, esente da qualsiasi valutazione discrezionale da parte dell'interprete, che prescinde dai costi e diventa pertanto oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale stessa. Infine, con la riforma del titolo V della Costituzione, la tutela della salute è stata inserita in quelle materie a competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni, in modo tale da consentire la più agevole organizzazione dei modelli regionali mantenendo, però, di esclusiva competenza dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale. Sebbene non sia presente una definizione univoca del concetto di “livelli essenziali di assistenza sanitaria” nella giurisprudenza costituzionale, dal combinato disposto degli artt. 3, 32 e 117 Cost. questi possono individuarsi negli «atti necessari ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa al bisognoso di cure e alla sua famiglia. Dunque, un livello ben oltre quello minimo sufficiente a garantire la mera sopravvivenza»³⁰.

Passando in rassegna il comma 2 dell'art. 32 Cost., questa risulta forse la parte più delicata ed importante per questo studio poiché è in tale disposizione normativa che si afferma, secondo l'interpretazione più diffusa, il c.d. diritto di non curarsi, ovvero di rifiutare le cure, libertà/diritto fortemente invocato contro la previsione dell'obbligo di certificazione verde. Si è visto come la Costituzione consenta al legislatore di imporre trattamenti sanitari obbligatori a patto che siano soddisfatte determinate condizioni affinché l'obbligo superi il vaglio di costituzionalità. In particolare, il comma 2 va interpretato, è bene ribadirlo, «nel senso che un determinato trattamento sanitario può essere legittimamente imposto esclusivamente nei casi eccezionali e tassativi in cui vi sia una legge a prevederlo, e ciò sia necessario, ‘non solo a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività a giustificare la compressione di quell'autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale’³¹»³². Il contrasto di interessi in gioco, quello individuale e quello collettivo, ossia il diritto alla salute inteso in questo caso come diritto della collettività a non essere danneggiata e/o messa in pericolo dal comportamento del singolo che rifiuta determinate cure o prevenzioni, viene risolto facendo prevalere il primo sul secondo. L'esigenza di tutelare la salute nella sua dimensione collettiva può infatti limitare il diritto all'autodeterminazione e il diritto rifiutare un trattamento sanitario, se soddisfatti i requisiti necessari. Dal dettato normativo, pertanto, appare chiaro come l'interesse del singolo, e il conseguente diritto

²⁸ In questo senso si veda Corte cost., sent. n. 455 del 1990; Corte cost., sent. n. 175 del 1982; Corte cost., sent. n. 212 del 1983.

²⁹ Corte cost., sent. n. 509 del 2000 dove, in particolare, il “nucleo irrinunciabile” è inteso «come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». Cfr anche L. MADU, *È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione. Nota a Corte cost. n. 275/2016*, in *Osservatorioaic.it*, n. 1/2017.

³⁰ G. BERTI, G. C. DE MARTIN, *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, 2003.

³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 307 del 1990.

³² S. BARTOLE, R. BIN, *Op. cit.*, p. 328

all'autodeterminazione individuale, possa affermarsi e avere una sorta di corsia preferenziale solo nel momento in cui sia l'unico interesse in gioco.

Tra dottrina e giurisprudenza pare esserci un alto grado di armonia verso questo genere di interpretazione dell'art. 32 Cost. Esempi ne sono, oltre alle già più volte richiamate pronunce della Corte costituzionale³³ (prima fra tutte la sent. n. 307 del 1990), le molte ed autorevoli voci di dottrina³⁴.

Si badi: nel momento in cui due o più interessi entrano in conflitto, situazione che, d'altronde, non pare essere un'eccezione (in quanto è nella natura stessa del diritto che più interessi meritevoli abbisognino di tutela nelle più disparate questioni), quel bilanciamento di interessi contrapposti non necessariamente è sinonimo di "soccumbenza" di un diritto di fronte ad un altro. L'interpretazione sistemica della legge, ed in particolare della Costituzione, si pone come obiettivo la coesistenza dei diritti tutelati. Le norme devono essere interpretate in modo tale da non "soffocare" alcuno dei diritti costituzionalmente protetti che possono in ogni caso contrastare tra loro, evidentemente; questo per la semplice ragione che una realtà dove alcun interesse "disturba" un altro diritto, egualmente protetto e tutelato, rappresenta un'utopia. La legge è la forma di ordine preferito nel nostro, come in molti altri Paesi, non perché previene inconvenienti, bensì perché, sebbene, questi sistematicamente sorgano, poiché espressione delle più disparate esigenze della civiltà, essi vengono risolti all'insegna della migliore valutazione delle posizioni coinvolte; valutazione che nel nostro ordinamento è operata tramite un bilanciamento degli interessi confliggenti³⁵ che punta al miglior soddisfacimento delle posizioni soggettive interessate e mai alla totale negazione di un diritto per la piena affermazione di un altro. Ed in questo senso si deve procedere nella lettura dell'art. 32 Cost. Il bene tutelato dalla norma, infatti, è la salute, tanto in una dimensione individuale (definita "atomistica" da alcuni³⁶), quanto in una dimensione collettiva.

Si può, infine, interpretare in questo senso anche in considerazione dei principi liberali che animano la Costituzione italiana: la limitazione della libertà di autodeterminazione, rappresentando un'eccezione e non la regola, oltre che avvenire nelle forme prescritte dalla legge deve trovare giustificazione nell'interesse collettivo. In particolare, la

³³ In questo senso anche Corte cost. sent. n. 218 del 1994; n. 258 del 1994; n. 118 del 1996; n. 27 del 1998.

³⁴ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 303 ss, che ha affermato: «Le sole limitazioni costituzionalmente consentite [al diritto alla salute dell'individuo] sono quelle rivolte a salvaguardare la salute collettiva dai pericoli o dai danni che ad essa possono derivare dalle manifestazioni, positive o negative, dell'esercizio di quel diritto individuale [alla salute]. Così, sarà legittimo che i pubblici poteri, sempre però sulla base di una legge, obblighino gli individui a sottoporsi a determinati trattamenti sanitari a fini di tutela della salute collettiva (art. 32 cpv.), limitando o anche coartando il diritto individuale alla disponibilità del proprio corpo»; Cfr anche P. VERONESI, *Uno statuto personale del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, 2008, p. 56, che afferma: «Ai sensi dell'art. 32, secondo comma, può [...] disporsi un trattamento sanitario obbligatorio (tso) solo quando sia in discussione non solo la salute del singolo ma – in contemporanea e direttamente – anche quella della collettività. Nel senso cioè che l'ipotizzato trattamento coercitivo dev'essere indispensabile al fine di evitare una situazione di pericolo per la salute dei consociati, non potendosi comunque pregiudicare la salute di chi vi viene sottoposto».

³⁵ Corte Cost., sent. n. 509 del 2000 dove in particolare afferma: «il diritto ai trattamenti sanitari necessari alla tutela della salute è garantito ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti».

³⁶ F. RIGANO, M. TERZI, «Certificazioni verdi COVID-19» e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale, in *OrsservatorioAIC*, n. 5/2021, p. 159.

libertà garantita dalla Costituzione è basata anche sull'«impronta non soltanto solidaristica, ma in parte anche garantistica nel senso della tradizione liberale, assunta dalla Costituzione soprattutto in relazione alla disciplina dei limiti della libertà individuale: onde la libertà è la regola, che può essere derogata solo in funzione di un superiore interesse collettivo direttamente rilevante»³⁷.

1.1.2. Limiti e condizioni per un trattamento sanitario obbligatorio ex art. 32 Cost.

In soccorso al pratico bilanciamento degli interessi che è necessario operare, il legislatore pone delle condizioni, rispettate le quali, ammette l'imposizione di un trattamento sanitario, in alcuni casi perfino in modo coattivo. In particolare, la giurisprudenza costituzionale riconosce come l'art.32 Cost., in materia di vaccinazioni, possa contemperare il diritto alla salute del singolo con il parimenti diritto alla salute della collettività, al verificarsi di determinate condizioni. Tali ultimi requisiti necessari a superare il vaglio di costituzionalità di un obbligo di vaccinazione sono stati enucleati con la sentenza n. 307 del 1990 e, successivamente confermati, con le successive sentenze n. 258 del 1994 e n. 5 del 2018. Sebbene si registri qualche opinione in senso contrario, larga parte della dottrina pare ammettere la possibilità di misure coercitive.

Innanzitutto, dalla lettura del comma 2 dell'art. 32 della Cost., la riserva di legge ivi contenuta non passa inosservata: affinché un trattamento sanitario obbligatorio possa essere imposto, è necessario che vi sia una legge a prevederlo. Sul punto non vi è una dottrina unanime: larga parte ritiene che la legge debba fornire le indicazioni generali per poi essere completata da una regolamentazione di dettaglio³⁸ (si tratterebbe pertanto di una riserva di legge relativa, ma rinforzata); altra minoritaria la interpreta come riserva assoluta e, quindi, completa perché detta essa stessa termini e condizioni di applicabilità. Sembra preferibile l'interpretazione di chi consideri tale riserva di legge di tipo rinforzato, in quanto, «sembrerebbe inammissibile una regionalizzazione dei trattamenti sanitari obbligatori»³⁹, nonostante la possibilità affidata alle Regioni di organizzare i servizi necessari per mettere in pratica un trattamento sanitario obbligatorio⁴⁰. Sebbene la legislazione regionale abbia presentato forti disuguaglianze e profili di disomogeneità nella prima fase della pandemia, con la previsione di misure contenitive del virus⁴¹ eterogenee sul territorio nazionale, non si registrano infatti norme di livello regionale atte a disattendere quelle statali inerenti la disciplina della "certificazione verde". Non si tratta tanto di stabilire quanto possa risultare peculiare la legge statale a riguardo, piuttosto se e quanto tale materia possa essere disciplinata da fonti gerarchicamente inferiori. Su questa scia, quindi, un trattamento sanitario

³⁷S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, 1979, p. 904.

³⁸E. CAVASINO, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

³⁹S. BARTOLE, R. BIN, *Op. cit.*, p. 331.

⁴⁰Corte cost., sent. n. 282 del 2002.

⁴¹D.P.C.M. 3 novembre 2020, recante «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*. In particolare, oltre al divieto di spostamento dalle ore 22 alle ore 5 del mattino seguente, sono state previste differenziazioni per territorio regionale delle misure di contenimento in base a livelli di rischio, con la previsione di colori per identificare il livello di rischio di ogni regione (bianco, giallo, arancione, rosso in ordine di intensità crescente).