



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. I

(ESTRATTO)

FEDERICO GIRELLI - FRANCESCO CIRILLO

IMMUNI E *GREEN PASS*

PROSPETTIVE DI BILANCIAMENTO NELLA PANDEMIA

8 FEBBRAIO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Federico Girelli - Francesco Cirillo
Immuni e green pass
Prospettive di bilanciamento nella pandemia*

ABSTRACT: *In the health emergency, the values of freedom and health protection came into conflict in various circumstances. This conflict generated a radicalization of the debate far from common sense. Balancing operations in the emergency often relied on digital devices, such as contact tracing apps and green passes, whose development and implementation were entrusted with the search for a balance among rights and interests involved. The paper analyzes the perspectives for balancing in the digital environment and the application of the proportionality test in sectors with a high technological or scientific thickness, inferring that, in this context, the reference to science is a limit to legislative power also in such assessments of proportionality.*

SOMMARIO: 1. Bilanciamento e pandemia. – 2. Il caso dell'app Immuni. – 3. Il principio di proporzionalità. – 4. Il bilanciamento nel *green pass*.

1. *Bilanciamento e pandemia*

La pandemia da Covid-19 ha messo obiettivamente alla prova la nostra democrazia.

Nella situazione di emergenza i valori della libertà e della sicurezza sanitaria sono entrati in conflitto e si è quindi imposta la necessità di bilanciarli.

Si pensi, in particolare, a quando si sono dovuti bilanciare il diritto alla libera circolazione od anche il diritto alla *privacy* con la tutela della salute pubblica.

Per meglio interpretare il quadro attuale occorre allora interrogarsi su che cosa debba intendersi per bilanciamento; su che cosa significhi in concreto bilanciare due diritti.

L'opera delicata di bilanciamento si compie quando occorre fare una scelta che investe due valori¹. Uno dei due valori sarà necessariamente preferito all'altro ed un corretto bilanciamento esige che la scelta effettuata tenga comunque conto anche dell'altro valore, che non deve essere totalmente sacrificato. Non deve darsi, dunque, la «negazione della struttura di valore [...] propria del singolo diritto», in quanto nel «bilanciamento» esso potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti [...] fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragion d'essere².

È questa in fondo la logica della «*mitezza costituzionale*»³, cui si è ispirata ancora una volta la Corte costituzionale nella [sentenza n. 33/2021](#), ove ha riaffermato esplicitamente che nessun diritto fondamentale deve essere «tiranno» rispetto agli altri: a nessun diritto può essere riconosciuta una «illimitata espansione» con totale sacrificio degli altri.

L'opera di bilanciamento spetta *in primis* al legislatore; la Corte costituzionale interviene successivamente per controllare il bilanciamento fatto appunto dal legislatore⁴.

In Italia, nell'urgenza di intervenire per far fronte alla pandemia⁵, si è costruita una complessa

*  Il presente contributo è frutto di una comune riflessione: il paragrafo 1 è stato redatto da Federico Girelli ed i restanti da Francesco Cirillo.

¹ Sul concetto di valore v. A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007. Sulla necessità di «distinguere categorialmente i principi dai valori», v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 205 ss.

² Così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 101.

³ Su cui v., naturalmente, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Nuova edizione, Torino, 1992, 11.

⁴ Sulle «tecniche di “bilanciamento”», v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁵ Per la nozione di urgenza, v., da ultimo, GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020.

«catena normativa dell'emergenza» che ha (e deve avere) il suo primo anello nella Costituzione per poi svolgersi in fonti primarie, nei numerosi decreti del presidente del Consiglio dei ministri, che nel tempo sono stati adottati, nonché in provvedimenti ministeriali o di autorità locali⁶.

Sulla legittimità del ricorso a questi decreti del presidente del consiglio, comunque soggetti al sindacato del giudice amministrativo (come peraltro ribadito dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 37/2021](#)), in effetti molto si è discusso⁷; nondimeno, la Consulta, nel pronunciarsi sul decreto legge n. 19/2020, ha statuito che le disposizioni censurate «non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati» ([sentenza n. 198/2021](#)).

Quel che è fuori di dubbio è che si debba restare ancorati alla Costituzione.

Lo stato di emergenza in atto non è, e non deve essere, lo «stato di eccezione», di schmittiana memoria, ove in buona sostanza si ha la sospensione dell'intero ordinamento e la decisione politica è sciolta da ogni vincolo normativo: il sovrano ha addirittura «la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa»⁸. Fra lo stato di emergenza, funzionale a contrastare la pandemia da Covid-19, e lo stato di eccezione «la soluzione di continuità non può essere più netta», in quanto il primo «è dominato fino all'estremo dal diritto»⁹.

L'emergenza sanitaria certamente esige difficili bilanciamenti, ma l'ordinamento costituzionale, proprio perché tale, non deve cedere alla pandemia, deve semmai governarla e continuare a salvaguardare i diritti fondamentali.

Non può sottacersi, infatti, che obiettivamente sussiste il rischio che le misure destinate all'emergenza, per definizione temporanee, restino in qualche modo a presidiare le nostre vite anche quando si tornerà alla normalità; che si produca «un consolidamento dello stato di prevenzione»¹⁰.

Eppure, reali pericoli di tenuta del complessivo assetto democratico non paiono intravedersi all'orizzonte. Il punto è che fare valutazioni prognostiche sul destino della democrazia non è cimento da poco, solo se si pone mente al fatto che lo stesso Norberto Bobbio all'inizio del suo noto lavoro «Il futuro della democrazia» così apriva la sua riflessione: «se mi chiedete se la democrazia abbia un'avvenire e quale sia, posto che l'abbia, vi rispondo tranquillamente non lo so»¹¹.

Di certo nulla impedisce ad ognuno di dare in concreto il proprio contributo personale al corretto funzionamento della vita sociale e democratica (anche sul piano strettamente economico): occorre continuare a lavarsi spesso le mani, indossare la mascherina, mantenere la distanza, nonché completare il proprio ciclo vaccinale, a meno che non si soffra di patologie che impediscono di farlo.

Una diffusa vaccinazione tutela la salute dei singoli, della comunità ed anche di chi per problemi di salute non può vaccinarsi. Va altresì tenuto in considerazione il risparmio di risorse per il servizio sanitario nazionale (costa molto meno una dose di vaccino delle cure per una persona che necessita del ricovero in ospedale), che ben potrebbero essere destinate alle esigenze di pazienti colpiti da malattie (anche gravi) diverse dalla infezione da Covid-19, che il sovraccarico delle strutture sanitarie (purtroppo già sperimentato) non consente di assistere.

Proprio in un'ottica di bilanciamento, allora, il fatto che allo stato non sia in vigore un obbligo generalizzato di vaccinarsi non esime dall'interrogarsi, comunque, in quanto comunità nazionale, su quale sia la scelta di condotta (costituzionalmente) preferibile, considerato anche che la Repubblica

⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2020, 111.

⁷ V., da ultimo, le considerazioni critiche di G. ALBERICO, *Pandemia e stato d'eccezione*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1 del 2022, 40 ss.

⁸ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* [1922], in *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972 (ristampa 2020), 34.

⁹ Cfr. E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in [Questione Giustizia](#), n. 2 del 2020, 31-32.

¹⁰ Sul punto V. BALDINI, *IL POLITICO NELL'EMERGENZA (SANITARIA): Divagazioni minime su un tema classico*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 3 del 2021, 101.

¹¹ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1991, 4.

«richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.). I ripetuti moniti del capo dello Stato hanno dato un'indicazione ben precisa, ribadita anche nel messaggio di (re)insediamento¹².

Quel che serve, pare, è solo un po' di repubblicano buon senso.

2. Il caso dell'app Immuni

Il problema del bilanciamento tra libertà e salute nel corso dell'emergenza ha trovato una delle sue prime declinazioni nella questione dell'*app Immuni*¹³, che ha rappresentato un laboratorio di tentativi (ed errori) in relazione alla proporzionalità delle misure da attuare per fronteggiare l'epidemia. Poi, nel corso del 2021, una riproposizione della stessa questione o, se vogliamo, un problema analogo alle *app* di *contact tracing* è stato rappresentato dal *green pass*, così come recepito, implementato e rafforzato da parte del parlamento e del governo. Sarebbe allora impossibile affrontare il tema del bilanciamento tra diritti e interessi nel corso della pandemia senza far riferimento a questo nuovo versante; ma è tuttora utile servirsi del caso dell'*app Immuni*, che ci consente di compiere una valutazione *ex post* delle strategie di bilanciamento attuate allora.

Nel caso di Immuni, in breve, le esigenze di protezione dei dati (soprattutto di quelli sanitari) dovevano essere bilanciate con quelle del tracciamento dell'infezione; e nemmeno allora mancavano proposte tese a condizionare l'esercizio di taluni diritti, se non addirittura della libera circolazione, all'uso delle *app* di tracciamento. Nel caso del *green pass* (ordinario¹⁴), invece, come è noto,

¹² V. il [Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento nel giorno del giuramento](#), Roma, 03/02/2022.

¹³ Si adotta la terminologia inglese ('app') per identificare i *software* ideati per dispositivi *mobile*. Infatti, per applicazione in generale, spesso, s'intende «[i]n informatica, programma *software*, destinato a un utente finale, così chiamato perché possiede appunto un'applicazione pratica per chi lo utilizza», mentre lo stesso *software* è, «spec. con riferimento a terminali mobili (*smartphone* e *tablet*), denominato anche con il termine inglese *app*» ("Applicazione", in *Vocabolario on line*, Treccani). Sugli aspetti critici del sistema dell'*app Immuni* e per un quadro complessivo, v. subito L. TRUCCO, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta*, in [Giustizia Insieme](#), 25 giugno 2020, 1 ss.

Con riferimento alla dottrina italiana apparsa nella primavera e nell'estate 2020, basti ora il richiamo a C. BERGONZINI, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2 del 2020, 704-730; C. BLENGINO, *Tecnologie di sorveglianza e contenimento della pandemia*, in [Questione Giustizia](#), n. 2 del 2020, 21-30; M. S. BONOMI, *L'app Immuni: tra tutela della salute e protezione dei dati personali*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio di diritto sanitario, Paper 24 giugno 2020, 1-7; M. CARDONE, M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19. L'Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto*, in [Nomos](#), n. 2 del 2020, 1-15; C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2 del 2020, 772-803; S. CRESPI, *Applicazione di tracciamento Immuni tra normativa nazionale e diritto UE in materia di protezione dei dati personali*, in [Freedom, Security & Justice](#), n. 3 del 2020, 49-73; V. D'ANTONIO, L. SAPORITO, *Modelli normativi di contact tracing tra ragione e volontà*, in [DPCEOnline.it](#), n. 2 del 2020, 1-29; G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell'app selezionata dal Governo italiano*, in [Diritti umani e diritto internazionale](#), n. 2 del 2020, 303-35; G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in [laCostituzione.info](#), 1° aprile 2020; F. FILOSA, *Il diritto alla privacy nello stato di emergenza. Riflessioni sull'applicazione della telemedicina quale possibile tecnologia per contrastare la diffusione del Covid-19*, in [Dirittifondamentali.it](#) n. 2 del 2020, 847-869; V. PAGNANELLI, *Immuni: spunti per una riflessione privacy-oriented*, in [Questione Giustizia](#), 11 maggio 2020; M. PLUTINO, "Immuni". *Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2 del 2020, 553-580; G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in [Giustizia Civile.com](#), 5 maggio 2020, 1-18; G. RUGANI, *Le condizioni ricavabili dal Regolamento generale sulla protezione dei dati per le applicazioni nazionali di tracciamento dei contatti: alcune considerazioni*, in [European Papers](#), n. 5 del 2020, 633-644; G. TROPEA, *Il contact tracing digitale e l'epidemia: sindrome cinese?*, in [laCostituzione.info](#), 9 aprile 2020; V. ZENO-ZENCOVICH, *I limiti delle discussioni sulle "app" di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale*, in [MediaLaws](#), 26 maggio 2020.

¹⁴ Con riferimento al d.l. 52/2021 di aprile e il d.l. 127/2021 di settembre (non cioè al cd. "super green pass", che è ufficialmente presentato nelle forme del *green pass* rafforzato e *green pass booster*: cfr. il [sito](#) del Ministero della Salute, 7 febbraio 2022, su cui v. al paragrafo seguente).

l'esercizio di alcune libertà è subordinato all'esibizione della certificazione digitale di avvenuta vaccinazione, di recente guarigione o comunque dell'esito negativo di un recente *test* diagnostico. Fin qui, le differenze tra le due misure adottate.

Dunque, il bilanciamento dei diritti è un'operazione naturalmente demandata al legislatore, sulla cui scelta può intervenire il controllo della Corte costituzionale in sede di meta-bilanciamento¹⁵. In questi casi ora descritti, però, il bilanciamento, avvenendo nell'ambiente digitale, è stato affidato, almeno in parte, alla progettazione di un dispositivo che raggiungesse il miglior equilibrio tra diritti e interessi coinvolti. In altre parole, bisognava trovare un meccanismo efficace, proteggere i dati degli utenti ed evitare di condizionare negativamente i diritti fondamentali. Però, l'esigenza di tutela dei diritti non poteva giungere a comprimere e, meno che mai, ad annientare le esigenze sanitarie. Per trovare un simile equilibrio nel campo digitale, allora, gli attori istituzionali coinvolti hanno dovuto demandare l'opera di bilanciamento (anche) al *design del software*¹⁶. Solo in questa sede, infatti, gli sviluppatori possono optare per l'una o l'altra soluzione tecnica al fine di tutelare questo o quel diritto, nel caso inventando nuove soluzioni, laddove la tecnologia lo consenta¹⁷.

Nel caso dell'*app* Immuni e, più in generale, delle *app* di tracciamento, le opzioni erano variegate: intanto, si dubitava dell'opportunità di un'adozione di un simile sistema di tracciamento; poi, si discuteva dell'adozione di tecnologie di tracciamento tramite la geolocalizzazione (GPS) o il ricorso al tracciamento dei dati di prossimità (ovvero, grazie al *Bluetooth*)¹⁸; alcuni paesi hanno scelto sistemi di archiviazione centralizzata; altri, invece, sistemi decentralizzati che salvavano i dati sui soli dispositivi degli utenti¹⁹; ci si interrogava sull'eventuale obbligatorietà delle *app*; sul problema del *digital divide*²⁰; sulle possibili conseguenze "sanzionatorie" derivanti dal mancato o improprio utilizzo o dalla ricezione di una notifica di contatto; sull'eventuale distribuzione di dispositivi *hardware (ad hoc)* al fine di consentire la più larga diffusione della tecnologia²¹.

Una parte della letteratura, forse opportunamente preoccupata dalla novità rappresentata da un simile dispositivo, evidenziò rischi significativi, giungendo sino a paventare l'instaurazione di una

¹⁵ G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, n. 2 del 2014, 546: «alcuni bilanciamenti tra principi fondamentali sono già palesemente presenti nel testo costituzionale; altri sono demandati al legislatore ordinario; altri ancora saranno effettuati in sede giudiziale, o nella forma di un bilanciamento diretto tra principi in conflitto, senza la mediazione di una previa regola legislativa, o nella forma di un meta-bilanciamento [...]. E quest'ultimo è, evidentemente, il terreno di elezione specifico del test di proporzionalità».

¹⁶ Sul punto, sia concesso un breve richiamo a F. CIRILLO, *Corpo e riservatezza*, in C. Moroni, A. Sterpa (curr.), *Corpo e società. Trasformazioni del convivere*, Napoli, 2021, 67-69.

¹⁷ Cfr. A. IANNUZZI, C. COLAPIETRO, *App di contact tracing*, cit., 799, o M. FERRAZZANO, *Contact Tracing Via App: The Italian Experience and Privacy Issue*, in [Humanidades & Tecnologia em Revista](#), 2020, 124.

¹⁸ Basti il richiamo ad alcune posizioni assunte nel dibattito pubblico: l'intervista a G. Comandé di C. ADINOLFI, *Pisa. "Ecco perché la app Immuni non mette a rischio la privacy"*, in *La Repubblica*, 4 giugno 2020; L. CAVALLARO, *Appunti sul lockdown prossimo venturo*, in *MicroMega*, 27 ottobre 2020; A. CELOTTO, *Coronavirus, davvero l'app Immuni mette a rischio la nostra privacy?*, in *La Stampa*, 27 aprile 2020; M. IENCA, O. POLLICINO, *Decalogo per l'utilizzo responsabile delle app di tracciamento del virus*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 giugno 2020; M. PENNISI, *App Immuni, quali dati usa e come tutela la privacy*, in *Corriere della sera*, 8 giugno 2020; G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *La via europea tra libertà e solidarietà*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 aprile 2020; O. POLLICINO, F. RESTA, *Data tracing, no a deleghe in bianco all'algoritmo*, in [CorCom](#), 24 marzo 2020; M. PROVERBIO, *Bilanciare privacy, economia e salute*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 aprile 2020.

¹⁹ Sulla «centralizzazione (sostanzialmente privata) del *know how* tecnologico» e il problema della sovranità digitale, si rinvia alle conclusioni di G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni?* cit., 334-335; sulle possibili soluzioni alla questione, L. TRUCCO, *App Immuni: una storia stran(ier)a*, cit., 10-11.

²⁰ Per esempio, così, C. BERGONZINI, *Non solo privacy*, cit., 711-712.

²¹ Come invece è accaduto a Singapore, con la diffusione da parte delle autorità di un *token* capace di scambiare segnali *Bluetooth*: cfr. F. A. BELLA, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*, in [P.A. Persona e Amministrazione](#), n. 1 del 2020, 226 e, in particolare, n. 22. Proposte di introdurre braccialetti indossabili sono apparse anche nel dibattito pubblico italiano (v. l'intervista a G. Metta di A. LARIZZA, *Premi e bonus per stare distanti: la mia tecnologia soft per la Fase 2*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 maggio 2020. Quanto all'ipotesi dell'obbligatorietà di simili *token* (o braccialetti) BERGONZINI valuta tale «scenario giuridicamente terrificante ma tecnicamente banale» (il giudizio condiviso è sempre di C. BERGONZINI, *Non solo privacy*, cit., 715).

sorta di dittatura digitale²². Intanto, soprattutto sui quotidiani nazionali, si apprendeva di sistemi di controllo sociale “asiatici” sempre più pervasivi, agli occhi della stampa, appunto, e persino della letteratura scientifica²³. Va detto, alcuni governi, già tendenzialmente inclini a privilegiare le esigenze di sicurezza a scapito dei diritti dei singoli, hanno subito colto l’occasione per attuare strategie di controllo non adeguatamente regolamentate né particolarmente inclini al rispetto della riservatezza²⁴.

In ogni caso, in questo clima, le istituzioni europee hanno però tracciato una *road map*²⁵, all’interno della quale i singoli Stati membri hanno tutti quanti sviluppato delle *app* di tracciamento, pressoché identiche, se non anche interoperabili²⁶.

In Italia, ciò è avvenuto per l’*app* Immuni, nella quale, in breve, si era optato per il tracciamento via Bluetooth, un sistema il più possibile decentralizzato, privo di conseguenze sanzionatorie per l’utente, il cui utilizzo era meramente facoltativo, come facoltativa era la scelta di introdurre la notizia di un eventuale positività alla malattia; e il tutto senza provvedere alla distribuzione di dispositivi *hardware ad hoc* che consentissero di superare il problema (endemico) del *digital divide*. Ciononostante (cioè, anche se ciascuna delle scelte aveva seguito la via dei diritti e non già quella dell’efficacia del sistema), una parte della letteratura e dell’opinione pubblica ha comunque considerato troppo pervasivo il dispositivo in questione²⁷. Pochi, però, hanno saputo osservare – tra questi una parte della nostra letteratura lo ha fatto²⁸ – che il rischio principale di un simile sistema così garantista non fosse quello della dittatura dei *robot*, quanto piuttosto quella della sua dubbia utilità.

Infatti, Immuni ha ottenuto circa 18 milioni di *download*; circa 42.000 utenti positivi hanno segnalato il proprio *status* e sono state inviate oltre 140.000 notifiche di contatto²⁹. E ciò considerando

²² P. e. V. Saporito, L. D’ANTONIO, *Modelli normativi*, cit., 13 ss.

²³ Si pensi al caso cinese, e agli asseriti impieghi del dispositivo a scopi di sorveglianza: tra i tanti, S. McDONELL, *China Social Media: WeChat and the Surveillance State*, in [BBC News](#), 7 giugno 2019. In questo contesto si è anche evidenziata la singolare sinergia tra attori privati e istituzioni locali e centrali cinesi, v. ampiamente in C. G. REDDICK, Y. ZHENG, *Determinants of Citizens’ Mobile Apps Future Use in Chinese Local Governments*, in [Transforming Government: People, Process and Policy](#), 2017, 213 ss., e T. LIU, Y. XUEMIN, Y. ZHENG, *Understanding the Evolution of Public-Private Partnerships in Chinese e-Government: Four Stages of Development*, in [Asia Pacific Journal of Public Administration](#), n. 4 del 2020, 222 ss., che illustrano come tali forme di collaborazione pubblico-privato siano state sperimentate anche per contribuire alla fornitura di servizi pubblici, i. e. trasporti, assistenza sociale, sicurezza e istruzione. Una prospettiva critica dell’ancoramento del tracciamento alle nuove piattaforme digitali del *Social Credit System*, il sistema di misure implementato dal Governo cinese al fine di aumentare la fiducia nel relativo mercato, si rinvie in V. D’ANTONIO, L. Saporito, *Modelli normativi di contact tracing*, cit., 17 ss

²⁴ Si pensi, oltre al caso cinese, ad Israele. Il giudizio dell’allora Garante *privacy* fu, infatti, lapidario: «Il modello cinese, con la sua sorveglianza totale, figlia di una sorta di imperialismo digitale, non può essere un nostro riferimento. Neppure quello coreano perché in Corea c’è una cultura di fondo, sociale e giuridica, molto distante dalla nostra». E ancora: «Non conosco nel dettaglio ciò che sta facendo Israele. Dico che in ogni caso non è compatibile con il nostro sistema se realizza una sorveglianza di massa. E in ogni caso, noi abbiamo un sistema costituzionale assai diverso» (intervista ad A. Soro di C. FASANI, *In uno stato di eccezione è lecito rinunciare a qualche libertà. Ma il nostro modello non potrà mai essere la Cina*, in [Tiscali News](#), 19 aprile 2020).

²⁵ Definita in un documento che riassumeva le linee generali di intervento dell’Unione (Commissione europea – Consiglio europeo, *Joint European Roadmap Towards Lifting COVID-19 Containment Measures* 17 aprile 2020).

²⁶ Sul protocolli sviluppati a tal fine v. G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni?* cit., 311 ss. Più nello specifico, sull’interoperabilità dei dispositivi, M. VUKOLIC, *On the Interoperability of Decentralized Exposure Notification Systems*, in *arXiv preprint* 2020, 200613087. Ne evidenziava il rischio latente di centralizzazione delle informazioni, abusi e *function creep* (i. e. incontrollata aggiunta di funzionalità in un prodotto informatico), J.-H. HOEPMAN, *A Critique of the Google Apple Exposure Notification (GAEN) Framework*, in [arXiv](#) 9 dicembre 2020-12 febbraio 2021.

²⁷ In relazione a tal genere di criticità, L. BOLOGNINI evidenzia persino l’ipotesi di legittimare l’autorità di controllo, il Garante *privacy*, al ricorso diretto alla Corte costituzionale, emendando la l. cost. 1/1948, «almeno con riferimento all’impugnazione della legislazione di emergenza, ove irragionevolmente e sproporzionalmente compressiva dei diritti fondamentali alla protezione della sfera privata, della riservatezza e dei dati persona» (L. BOLOGNINI, *Il bilanciamento tra diritti, libertà e interessi pubblici nel contact tracing è questione di alta politica*, in [MediaLaws](#), 21 maggio 2020).

²⁸ Si pensi ancora a. IANNUZZI, C. COLAPIETRO, *App di contact tracing*, cit., o a M. FERRAZZANO, *Contact Tracing Via App*, cit., 24 ss.

²⁹ Le statistiche sono fornite sul [sito](#) dell’*app*.

che negli ultimi mesi si è avuta un’impennata dei *download*, perché intanto l’*app* è diventata un utile “porta *green pass*”. Si consideri che in Italia gli infetti ufficiali sono stati circa 6 milioni (forse il doppio quelli effettivi), e che l’*app* abbia avuto notizia dello 0,7% di questi, informando poco più che 3 contatti per ogni infetto noto (nessuno sa se, poi, le notifiche abbiano raggiunto destinatari che erano stati realmente in contatto con un positivo e per quanti di questi una simile notizia di contatto abbia avuto un effetto utile ai fini sanitari).

Il rischio, allora, non era la dittatura digitale o il controllo sociale, ma probabilmente l’inutilità del sistema. Molto rumore per nulla? In parte, forse sì, a meno di non voler considerare l’utilità dell’insegnamento: la misura che realizza il bilanciamento tra diritti e interessi deve comunque essere idonea a perseguire gli scopi che si propone, deve innanzitutto “servire”. Questa valutazione, tuttavia, nei contesti ad alta complessità tecnologica, impone un rinvio ai saperi scientifici interessati³⁰.

3. Il principio di proporzionalità

L’idoneità della misura adottata a perseguire gli scopi prefissati è uno degli elementi che concorrono alla definizione del principio di proporzionalità³¹, che prescrive – tra i vari parametri – l’adeguatezza dei mezzi impiegati al fine voluto. Un principio, questo, – o forse più principi, ma sul punto non intendiamo ora prendere posizione – dentro cui iscrivere ogni bilanciamento tra diritti; principio che troviamo diffusamente negli ordinamenti continentali.

Il principio di proporzionalità nasce, infatti, nella giurisprudenza costituzionale tedesca³² ed è stato, successivamente, adottato dalla Corte di giustizia soprattutto in materia di sanzioni, di aiuti di Stato e di concorrenza³³; quindi, è confluito nei Trattati istitutivi dell’Unione europea³⁴. Il principio implica, come detto, l’idoneità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito, ma anche la necessarietà del mezzo stesso, e, ancora, la adeguatezza del medesimo riguardo al sacrificio imposto ai singoli.

In Italia è stato adottato dalla giurisprudenza amministrativa³⁵ ed è stato fatto proprio anche dalla Corte costituzionale³⁶, che recentemente ha ribadito (nella [sent. n. 20/2019](#), in materia di pubblicazioni *online* di dati dei titolari di incarichi dirigenziali) che «*il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità, che “richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio [...] sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente*

³⁰ Sul rinvio alla scienza, v. ampiamente G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019.

³¹ Su cui, tra i tanti, si richiama ancora G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., 541 ss.

³² Si può far riferimento a una recente applicazione del principio nel contesto emergenziale, in relazione al coprifuoco disposto nel *Infektionsschutzgesetz*; la misura è stata giudicata costituzionalmente legittima dalla corte tedesca, «*[d]a der Gesetzgeber die Wirkungen der mit der Ausgangsbeschränkung verbundenen Freiheitsbeeinträchtigungen zudem über Ausnahme-Tatbestände abgemildert hat und die Geltungsdauer der angegriffenen Regelung nach derzeitigem Rechtslage zeitlich relativ eng begrenzt ist, überwiegen die Nachteile für die Betroffenen ungeachtet der erheblichen Eingriffsintensität der Ausgangsbeschränkung nicht gegenüber den Nachteilen für einen wirksamen Infektionsschutz bei Aussetzen der Regelung in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG*» ([BVerfG, 5 maggio 2021 - 1 BvR 781/21, Rn. 1-56](#)). Sul principio di proporzionalità nell’ordinamento tedesco v. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell’attività amministrativa*, Padova, 2012, 15 ss.

³³ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI, *L’ordinamento europeo. II. L’esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 225-274.

³⁴ Si tratta del principio di proporzionalità inteso come principio che informa il modo di esercizio dei poteri delle istituzioni comunitarie, prevedendo che, per raggiungere i propri scopi, l’UE debba intraprendere esclusivamente le azioni necessarie a seconda dei casi (cfr. art. 5, par. 4, TUE).

³⁵ Con riferimento al contesto della pandemia, cfr. I. ROMANO, *Spunti di riflessione sull’applicazione del principio di proporzionalità ai tempi del Covid-19: considerazioni a margine dei decreti del TAR Campania aventi ad oggetto la sospensione delle attività educative e didattiche in presenza ad opera dell’ordinanza del Presidente della Giunta regionale n. 79/2020, in [P.A. Persona e Amministrazione](#)*, n. 2 del 2020, 499-519.

³⁶ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 2013 (sul [sito](#) della Corte costituzionale).

perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguitamento di detti obiettivi”». Proprio in quest’occasione, la Corte ha affermato che i «*diritti alla riservatezza e alla trasparenza si fronteggiano soprattutto nel nuovo scenario digitale: un ambito nel quale, da un lato, i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni, e, dall’altro, proprio la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare».*

È solo il caso, tra l’altro, di evidenziare quale peso abbiano gli argomenti comparativi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, della Corte costituzionale italiana, della giurisprudenza civile e amministrativa, sino al punto di poter affermare che tali argomenti orientino la formazione di un diritto comune europeo o, quantomeno, di forti comunanze nei diritti degli Stati membri³⁷.

È così che il *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* avrebbe già potuto ispirare la soluzione del problema di Immuni, anche proprio secondo il test della Corte tedesca³⁸, che si propone di sezionare la questione in quattro distinti ordini di valutazione e analisi: (1) sotto il profilo del *legitimer Zweck*, della legittimità del fine (è legittimo lo scopo del legislatore?); (2) dunque, la *Geeignetheit*, l’idoneità (la misura idonea è a raggiungere lo scopo o quantomeno a contribuire al suo raggiungimento?); (3) poi, l’*Erforderlichkeit*, la necessarietà (la misura è davvero necessaria, o è possibile adottare un intervento più mite?³⁹); (4) infine, l’*Angemessenheit*, la proporzionalità *im engeren Sinn*, in senso stretto (il punto di equilibrio raggiunto promette del tutto i diritti coinvolti, o li preserva?).

All’interno di queste coordinate teoriche, parrebbe, occorre collocare la questione del bilanciamento tra diritti e interessi coinvolti nelle misure di contrasto alla pandemia, ivi compreso per quanto concerne l’ambiente digitale e il rapporto tra protezione dei dati e gli altri diritti fondamentali con cui le misure possono entrare in conflitto⁴⁰.

Di fronte a domande del genere, quanto all’Italia, considerato il problema del *digital divide*, il bassissimo tasso di alfabetizzazione digitale, se non anche una bassa propensione a condotte spontaneamente cooperative, si sarebbe potuto osservare che lo scopo del tracciamento digitale fosse legittimo, l’equilibrio raggiunto tra diritti e interessi ben proporzionato, che il mezzo fosse il meno invasivo tra quelli tecnologicamente disponibili, ma che – infine – la misura non fosse del tutto idonea a contribuire al suo stesso scopo.

Basti pensare che solo la metà degli italiani usa *app* di messaggistica *online*⁴¹, e che difficilmente Immuni avrebbe potuto superare quella soglia (sarebbe stata ben lontana, quindi, dalle alte percentuali che ne avrebbero assicurato il corretto funzionamento).

Si è trattato allora di una misura illegittima? Probabilmente, no. Soprattutto se si considera che non si sono registrati particolari rischi per i diritti degli utenti.

Si osservi, fra l’altro, che il tracciamento “analogico”⁴² dei contatti, quello da parte delle autorità

³⁷ Sul punto ampiamente, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011; in tema di obbligo vaccinale, il peso degli argomenti comparativi è osservato da a M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2017, 455.

³⁸ Applicando il medesimo test di proporzionalità, con riferimento al tracciamento via *app*, giungono a conclusioni opposte, superando cioè tutti i livelli del test in modo positivo, M. CARDONE, M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19*, cit., 3 ss.

³⁹ Sul punto, cfr. da ultimo la [sent. 102/2021](#) della Corte costituzionale italiana, dove si afferma che «[l]a verifica del superamento del limite della manifesta arbitrarietà delle scelte compiute involge anche la valutazione se il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale».

⁴⁰ In questo senso, la proporzionalità “eurounitaria” trova una sua declinazione specifica: S. GUIDA, D. TOZZI, *The Assessment of the Proportionality of the Measures that Limit the Privacy Fundamental Rights in the New Guidelines of the European Data Protection Supervisor*, in [European Journal of Privacy Law & Technologies](#), n. 1 del 2020, 195 ss.

⁴¹ Anche «per le competenze che mancano a 24 milioni di cittadini», osserva F. CELLA, *Italiani e digitale: oltre 90% connessi, ma in 9 milioni non sanno usare WhatsApp*, nel *Corriere della Sera*, 20 ottobre 2021.

⁴² Attuato, comunque, con ricorso a tecnologie digitali. Si sottovaluta, infatti, che il tracciamento ordinario (il meccanismo di cooperazione tra privati e pubblica amministrazione) si avvalga parimenti di strumenti digitali di

sanitarie, si sia realizzato in un contesto (spesso) molto meno regolamentato, con frequenti e rischiose diffusioni di notizie relative a individui infetti, talvolta identificati o agevolmente identificabili, giungendo talvolta a stimolare un'incontrollata propagazione, anche a mezzo stampa, di informazioni sanitarie personali.

Allora, per concentrarsi troppo sui rischi delle nuove tecnologie, si è perso di vista che anche le “vecchie tecnologie” possono minacciare la riservatezza e gli altri diritti fondamentali.

4. *Il bilanciamento nel green pass*

In tema di *green pass*, infine, con forza ancora maggiore si sono sollevate forti polemiche, sempre evocando lo spettro della “dittatura sanitaria”⁴³ se non anche di una nuova forma di *apartheid*⁴⁴. In questa sede, lungi dall’aderire a visioni marcatamente catastrofiste, se non anche distopiche, occorre ricondurre il problema nei termini della questione circa la legittimità costituzionale delle misure relative al *green pass*, della sua introduzione – o meglio – del diverso uso che il governo italiano ha proposto del dispositivo⁴⁵. È, infatti, su questi profili che si concentrano le critiche più autorevoli: «sulla differente natura giuridica del Green pass europeo da quello italiano», sull’«imposizione surrettizia e indiretta di un obbligo vaccinale» e, più in generale, sulla misura che «apparirebbe sproporzionata rispetto alle esigenze»⁴⁶.

Sia chiaro, il tema della proporzionalità e della ragionevolezza delle misure adottate può essere affrontato in senso generale e con riferimento ad elementi di dettaglio: in senso generale, la questione consiste nell’interrogarsi sulla legittimità costituzionale del condizionamento di libertà fondamentali al possesso della certificazione digitale; quanto agli elementi di dettaglio, non possono negarsi disarmonie nel tessuto legislativo e regolamentare, tali da generare diffuse reazioni negative ma – non necessariamente tutte – percepibili sul terreno della legittimità costituzionale (sono da ricondurre a tale alveo le scelte di subordinare talune libertà o attività al possesso della certificazione, escludendone l’applicazione in altri contesti analoghi, con una discrezionalità che oscilla tra la tecnica e l’arbitrio)⁴⁷. Questo intervento si può concentrare solo sulla questione generale, che appare in ogni caso dirimente, mentre un’analisi di dettaglio delle disarmonie richiederebbe una trattazione ben diversa.

Circa la valutazione di legittimità costituzionale in termini di proporzionalità delle misure adottate con riferimento al *green pass*, possiamo affidarci allo stesso metodo adoperato per la valutazione del tracciamento digitale dei contatti e, dunque, eventualmente ricorrendo al test di proporzionalità. A tal riguardo, non v’è dubbio che il fine⁴⁸ perseguito dal legislatore sia legittimo (in quanto l’obbligatorietà della certificazione è stata sancita da fonti di rango primario, il d.l. 52/2021 di aprile e il d.l. 127/2021 di settembre⁴⁹), né ci sono troppi dubbi sull’idoneità di una simile misura a

comunicazione informativa; e che tale tracciamento si sia svolto e si svolga in un contesto molto meno regolamentato e presidiato da garanzie giuridiche e tecnologiche se confrontato con l’ambiente del *digital contact tracing*.

⁴³ E. LALUMERA, *Ricostruire la fiducia nel dibattito pubblico in materia di sanità*, in *Ricostruzioni. Rivista trimestrale di cultura e di politica*, n. 4 del 2021, 79, osserva che la reazione dei pochi intellettuali che paventano una dittatura sanitaria sarebbe da ascriversi alla crisi di fiducia nel comparto sanitario; crisi di fiducia che paradossalmente accompagna la stagione fortunosa delle recenti scoperte, anche in tema di vaccinazioni.

⁴⁴ M. MENICHELLA, *Dal Green-pass alla “normazione di emergenza”: vera libertà o “sgambetto” alla Costituzione?*, in [Fondazione David Hume](#), 2 agosto 2021.

⁴⁵ Sulle “aspirazioni” del *green pass* europeo e per un’analisi anche comparata, v. I. SPADARI, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in [Federalismi.it](#), n. 29 del 2021, 57 ss.

⁴⁶ OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass*, in [Questione Giustizia](#), 21 luglio 2021.

⁴⁷ Su questi aspetti, v. N. ROSSI, *Il disordine iniquo delle vaccinazioni*, in [Questione Giustizia](#), 23 marzo 2021.

⁴⁸ Anche se si osserva che «[i]n una democrazia costituzionale il fine non giustifica mai, da solo, i mezzi» (A. MORELLI, F. SALOMONI, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, in [laCostituzione.info](#), 9 dicembre 2021).

⁴⁹ Rispettivamente con la l. 87/2021 e la l. 165/2021.

contribuire a limitare – in qualche modo⁵⁰ – l’infezione. Resta da chiedersi se la misura sia necessaria (o ce ne fosse altra più mite) e, nel caso, se sia proporzionata in senso stretto.

Sul punto, c’è chi registra «una pesante compressione [...] dei diritti costituzionali»⁵¹, mentre una parte cospicua della dottrina più autorevole nega in radice la fondatezza di ogni possibile dubbio⁵². Un simile contrasto appare alquanto radicalizzato, se si osserva, da un lato, che pochi indizi lascino suggerire una torsione dell’ordinamento democratico verso la dittatura e che, dall’altro, la novità e l’incidenza delle misure legittimo, se non altro in seno alla dottrina, una riflessione approfondita che non trascuri ogni dubbio legittimo. Come a dire che pare davvero opportuna la discussione, non anche il timore di una torsione antidemocratica.

Molti hanno addirittura osservato che il legislatore avrebbe dovuto usare “le maniere forti”, magari imponendo l’obbligo coattivo di vaccinazione (non si sa come sarebbe stato attuabile), mentre alcuni apprezzano proprio la ragionevolezza della misura⁵³. Il *green pass* condiziona alcune libertà a un onere, parificando “per legge” l’intervenuta vaccinazione con il test negativo (condizioni che dal punto di vista sanitario sono incommensurabilmente diverse⁵⁴). Sul punto della proporzionalità in senso stretto, va osservato che la libertà di non vaccinarsi, su cui comunque il legislatore sarebbe potuto intervenire, nel suo nucleo essenziale è preservata: il principale diritto in gioco, quindi, non del tutto è annullato, ma soltanto condizionato, quantomeno nel sistema che parifica la vaccinazione al test negativo⁵⁵. È poi chiaro che ogni misura ulteriore richieda un’autonoma valutazione e, in particolare, che la sua adozione sia legittima, necessaria, idonea, e comunque non compressiva *in toto* delle libertà interessate⁵⁶. Se, diversamente, il (*super*) *green pass* diventasse la mera certificazione di una vaccinazione ormai obbligatoria, la valutazione di legittimità non si dovrebbe concentrare più (solo) sul *green pass* stesso ma (più in generale) sull’obbligo, come peraltro accade

⁵⁰ Invece, E. GRUDEN, *L’EU Digital COVID Certificate operativo da giugno*, in [Diritto e Giustizia](#), 27 maggio 2021, evidenzia come l’introduzione dell’EU Digital Covid Certificate tenga conto solo in parte dei dati scientifici e che la rapidità nella sua approvazione ricorda le procedure fast-track che hanno condotto alla messa a punto dei vaccini.

⁵¹ M. A. SIMONELLI, *I vaccini, il Green pass e l’egoismo dei diritti fondamentali*, in [laCostituzione.info](#), 30 luglio 2021, e, similmente, le critiche di alcuni intellettuali e giuristi (G. AGAMBEN, A. SINAGRA, U. MATTEI), molti dei quali firmatari del documento contro il *green pass* promosso dall’avvocato O. MILANESE e da C. CUPPINI. Su questi temi, con l’organizzazione della cooperativa Generazioni Future, si è costituita il 12 dicembre 2021 la commissione DuPre (Dubbio e precauzione), con portavoce C. FRECCERO.

⁵² G. AZZARITI, *Vaccino e green pass, impariamo a leggere la Costituzione*, ne *Il Manifesto*, 28 luglio 2021; R. BIN, *Green pass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*, in [laCostituzione.info](#), 26 luglio 2021; R. BIN, *Replica al documento anti-green pass pubblicato da Questione Giustizia*, in [laCostituzione.info](#), 9 agosto 2021.

⁵³ P. VERONESI, *Sulla ragionevolezza del “Green pass”*, in [MicroMega](#), 10 settembre 2021, osserva che «[si] fatica insomma a far comprendere che non esiste, al momento, alcun obbligo di vaccinarsi (tranne che per talune categorie specificamente e ragionevolmente individuate dalla legge, ossia i medici e il personale sanitario), e che questa scelta calibrata, anziché espressione di codardia, è un autentico omaggio alla responsabilità individuale: un atto di fiducia nel senso del singolo per se stesso e per gli altri, nei cui confronti si decide di accantonare *le maniere forti* e puntare sulla ragione» [corsivo aggiunto].

⁵⁴ E per tale ragione si è resa necessaria l’introduzione (con d.l. 172/2021) e la successiva applicazione diffusa del *super green pass*, che si ottiene solo con la vaccinazione o con la guarigione.

⁵⁵ Sulla proporzionalità delle misure disposte in sede europea, cfr. G. D’ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell’esercizio del diritto di libera circolazione nell’UE durante la pandemia di COVID-19. Appunti per l’audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. “certificato verde digitale” – 8 aprile 2021*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2021, 37 ss.

⁵⁶ Quanto alla giurisprudenza costituzionale, il cd. *super green pass* è stato interessato, al momento in cui si scrive, dalla sola ordinanza di inammissibilità nel conflitto di attribuzione tra poteri promosso da alcuni parlamentari che asserivano che l’obbligo di certificazione rinforzata per l’accesso ai mezzi pubblici determinasse un *vulnus* all’esercizio della funzione parlamentare ([Corte cost., ord. 15/2022](#)). Sulla gravità di questa decisione si è espresso A. LAURO, *Nessun parlamentare è un’isola: green pass ed elezione del Presidente della Repubblica*, ne [laCostituzione.info](#), 22 gennaio 2022. In ogni caso, la valutazione delle misure riconducibili al *green pass* rafforzato dovrà tenere conto dei continui aggiornamenti in atto. Tra l’altro, solo recentemente, il d.l. 5/2022, ha sancito che «*la certificazione verde COVID-19 ha validità a far data dalla medesima somministrazione senza necessità di ulteriori dosi di richiamo*» (art. 1, I co.), con ciò abrogando la precedente validità semestrale.

nei diversi casi di obbligo vaccinale⁵⁷, poiché non avrebbe senso discutere della legittimità della certificazione senza interrogarsi sulla legittimità dell'imposizione. Qui, però, in tema di libertà di salute, una parte dell'operazione di bilanciamento è anticipata nel testo costituzionale che, proprio al fine di legittimare più forti ed eccezionali compressioni della libertà di salute, ne contempla la retrocessione sino al limite inviolabile del rispetto della persona umana. In questo senso, dal disposto del secondo comma dell'art. 32 Cost., si ricaverebbe una valutazione generale e anticipata sul contenuto minimo della libertà di salute, proprio in termini di proporzionalità in senso stretto. Cionondimeno, oltre questo limite (esplicitato proprio perché eccezionalmente "sibilanciato"), la valutazione di proporzionalità dovrebbe pur sempre essere sorretta dalla necessarietà e idoneità della misura⁵⁸. In altre parole, ciò che vale per il *green pass* varrà anche per le sue versioni rafforzate e, nel caso, per l'obbligo vaccinale (generalizzato o di categoria), dovendosi introdurre per ogni misura, nel giudizio di proporzionalità, la valutazione tecnico-scientifica circa la sua idonea e necessaria adozione in relazione ai fini perseguiti.

Con riferimento al profilo della protezione dei dati nella certificazione digitale, invece, il *design* complessivo del *software* realizza per certo un rischio – ancorché contenuto – per i dati sanitari, perché il codice QR contiene informazioni riservate che circolano agevolmente tra quanti sono tenuti al controllo del codice (con ciò prefigurandosi il rischio evidente della sottrazione e della circolazione illecita delle certificazioni, anche a finalità commerciali). Forse sarebbe stato possibile ipotizzare un sistema centralizzato, che facesse circolare la sola informazione necessaria (un semaforo verde e un semaforo rosso), senza diffondere dati sanitari e senza riportare nel codice la ragione specifica della certificazione (guarigione, vaccino o test). Tuttavia, un simile meccanismo avrebbe richiesto una connessione *online* stabile e permanente presso tutti gli operatori destinati al controllo dei certificati, rischiando così di incidere sulla iniziativa economica dei privati, soprattutto in relazione alle aree rurali o con connessioni carenti o assenti⁵⁹. Allora, anche stavolta, il *design* è stato il risultato complessivo di un'operazione di bilanciamento, di proporzionalità, in cui la soluzione complessiva si presenta come un risultato di tecno-regolamentazione, dove cioè l'equilibrio tra diritti è il risultato (di compromesso) del *design* del *software*⁶⁰.

Per altro verso, le esigenze sanitarie sono ampiamente richiamate nel testo costituzionale: all'art. 14, co. II, che legittima gli accertamenti per motivi di sanità, regolati da leggi speciali; all'art. 16, che consente al legislatore di disporre limitazioni per motivi di sanità; all'art. 17, che legittima il divieto di riunione per comprovati motivi di incolumità pubblica; e, soprattutto, nell'art. 32 che sancisce la fondamentalità del diritto individuale alla salute, contestualmente all'affermazione di un interesse della Repubblica nei confronti di questa dimensione. Inoltre, l'art. 23 consente alla legge l'imposizione di prestazioni personali, così come il secondo comma dell'art. 32 consente i trattamenti sanitari disposti per legge, sempre che non violino i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Tutte queste disposizioni convergono nel legittimare misure ben più pervasive di quella attuata.

Allora, con riferimento al quadro positivo costituzionale, stante il chiaro disposto del secondo comma dell'art. 32 Cost., pochi dubitano dell'eventuale legittimità di un obbligo vaccinale⁶¹, ma

⁵⁷ Si può far riferimento al caso della febbre gialla e alla relativa certificazione, su cui G. D'ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell'esercizio del diritto di libera circolazione*, cit., 40.

⁵⁸ S'intende, cioè, che la fondamentalità del diritto/interesse alla salute non equivalga affatto a una sottrazione di tale ambito alle necessarie operazioni di bilanciamento e, che, però, il limite del rispetto della persona umana costituisca «il nucleo essenziale del diritto alla salute» (Corte cost. [sent. 304/1994](#)), nucleo che può rappresentare il parametro per valutare la proporzionalità in senso stretto della misura adottata. Sul punto, cfr. F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sibilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?* in [Costituzionalismo.it](#), n. 1 del 2021, 85 ss.

⁵⁹ Un rapporto di Openpolis dimostra che in alcune aree dell'est e del sud Europa, in particolare Grecia, Portogallo e sud Italia, quale percentuale di copertura Internet, non viene raggiunto neanche l'80% della popolazione ([Openpolis](#), 26 aprile 2021).

⁶⁰ Sui profili etico-giuridico della tecno-scienza v. anche L. PALAZZANI, *Eтиche e diritto nell'era della tecno-scienza*, in *Riv. filosof. dir.* n. 4 del 2015, 125 ss.

⁶¹ Va sottolineato che, accanto alle misure ora discusse, è stato poi previsto l'obbligo vaccinale per determinate categorie, come nel caso del personale sanitario (obbligo sancito *in primis* dall'art. 4, d.l. 44/2021, poi convertito – con

alcuni temono che il condizionamento delle libertà realizzato dalle misure del *green pass* mostri profili di incostituzionalità, proprio per la sua mancanza di ragionevolezza e proporzionalità. Sul punto, però, appare alquanto bizantina la critica di quanti si dichiarano favorevoli all'obbligo vaccinale coattivo e contrari all'onere della certificazione verde (che consente ai cittadini di non vaccinarsi), ritenendo la scelta adottata come un obbligo «surrettizio», subdolo o comunque non esplicito: il *green pass* sarebbe così uno «strumento ipocrita»⁶² e non già una ragionevole misura di compromesso. Il legislatore, allora, avrebbe dovuto adottare misure più invasive, sino a comprimere *in toto* la libertà di salute, forse nell'obiettivo di apparire ai firmatari dell'appello più coerente o più schietto⁶³. Come se la schiettezza e la coerenza potessero, esse stesse, imporre misure più invasive. E, poi, nell'ipotesi che sia sproporzionata la misura del *green pass* e, invece, legittimo l'obbligo vaccinale, l'imposizione di un simile obbligo (coattivo) genererebbe reazioni migliori in quanti temono la vaccinazione?

La risposta a questi interrogativi non può cercarsi soltanto sul piano della coerenza legislativa, né può essere sottovalutato il pregio delle soluzioni di compromesso, senza poi riconoscere il peso delle valutazioni di opportunità politica. Invece, proprio in relazione a Immuni e al *green pass*, abbiamo tentato di illustrare che nel bilanciamento tra diritti e interessi il compromesso è d'obbligo e, come sempre, è anche necessario il buon senso.

Quanto alla idoneità e alla necessarietà delle misure adottate, bisogna rimarcare che, trattandosi di settori in cui è necessario il rinvio a saperi specialistici, ogni valutazione sull'efficacia delle soluzioni deve essere rinvciata anche alla valutazione (sempre revisionabile) di organi competenti. E ciò perché se si ammette che la valutazione di proporzionalità implichi quella sull'idoneità della misura a contribuire allo scopo che si propone e la valutazione comparativa con le altre misure attuabili, in un contesto ad alta densità tecnologico-scientifica è necessario che sul merito la discrezionalità del legislatore incontri il limite del rinvio alla scienza. Infatti, così come sarebbe palesemente illegittimo – in linea meramente teorica e non con riferimento all'attuale contesto – un obbligo vaccinale comunque disposto senza tener conto di un giudizio sfavorevole della comunità scientifica o degli organi scientifici deputati, così anche l'adozione di misure restrittive fondarsi su valutazioni tecniche del possibile impatto sanitario (e non solo) delle misure stesse⁶⁴. Resterebbe aperta, al più, una riflessione circa l'attitudine dei processi decisionali legislativi e amministrativi a includere un simile

modificazioni che ne estendevano l'ambito soggettivo – dalla l. 76/2021, su cui v. Cons. di Stato, sent. 7045/2021 e di recente, in senso conforme, v. anche TAR Lazio, ordd. 131/2022 e 137/2022); questa misura ha destato perplessità per profili attinenti alla protezione dei dati personali, perplessità segnalate dallo stesso Garante (v. già l'intervista di V. DI GIACOMO a P. STANZIONE, *Vaccino, su obbligo e pass il Governo viola la privacy*, in *Il Mattino*, 25 aprile 2021, pubblicata anche sul [sito](#) del Garante, 26 aprile 2021) e, parrebbe, poi superate. Sul tema dell'obbligo vaccinale, anche con riferimento a meccanismi risarcitorie e indennitari, v. S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1 del 2018, 47 ss., nonché *infra*, n. 64.

⁶² Così, a più riprese, A. BARBERO contesta «l'obbligo di vaccinazione in forma surrettizia» (O. RIVA, *Alessandro Barbero, un caso il «no al Green Pass» all'università: tra le 600 firme c'è anche la sua*, nel *Corriere della Sera*, 6 settembre 2021). C'è anche chi, più problematicamente, discute dell'opportunità del *green pass* che appare una misura «confusa» (G. GUZZETTA, *Il green pass crea confusione, meglio l'obbligo vaccinale*, ne *Il Dubbio*, 7 dicembre 2021).

⁶³ C'è anche chi osserva – opportunamente, se si considerano la graduale estensione e il progressivo rafforzamento del *green pass* – che la soluzione adottata «non possa spingersi oltre un certo limite» e che, alle opportune condizioni, l'obbligo vaccinale «costituirebbe probabilmente una scelta maggiormente adeguata al fine» (così, A. M. CITRIGNO, *Obbligo del green pass e obbligo vaccinale: le questioni aperte*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1 del 2022, 11).

⁶⁴ Sempre in tema di vaccinazioni obbligatorie o incentivate, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha più volte esteso l'indennizzo delle vaccinazioni obbligatorie a quelle raccomandate (da ultimo, [sent. 118/2020](#)) in riferimento a casi diversi dalla vaccinazione in questione. Quanto al vaccino contro il Covid-19, il legislatore, senza attendere l'intervento (altrimenti necessario) della Corte, ha provveduto a estendere l'indennizzo per effetti avversi delle vaccinazioni di cui all'art. 1 della l. 210/1992 anche al caso *de quo*, stabilendo che «[l']indennizzo di cui al comma 1 spetta, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge, anche a coloro che abbiano riportato lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, a causa della vaccinazione anti Sars-CoV2 raccomandata dall'autorità sanitaria italiana» (art. 20, comma 1, d.l. 4/2022). Il completamento di questo processo (necessario) di estensione dell'indennizzo, parificando qui come altrove la raccomandazione (e il cd. *nudge*) all'obbligo, probabilmente disancora il dibattito sul *green pass* dalla questione risarcitoria.

supporto tecnico indipendente e non politicamente orientato. Se molti, per vero, aderiscono all'affermazione – ormai confermata dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁵ – di una riserva di scienza quale limite alla discrezionalità legislativa, appare ben più arduo individuare gli organi destinatari del “rinvio alla scienza” in questione: non già o non solo per la diffusa attitudine (soprattutto giornalistica) a considerare qualsiasi medico, anche non specialistico, una fonte informativa utile al dibattito in seno all'opinione pubblica; quanto piuttosto per la questione – ben più problematica – delle possibili contraddizioni tra le posizioni espresse dalle organizzazioni internazionali, dalla comunità medico-scientifica o dai comitati scientifici istituiti *ad hoc* (da ultimo, il Comitato Tecnico Scientifico⁶⁶), senza che cioè si palesi un chiaro nesso tra la comunità scientifica stessa – e i suoi rappresentanti – e gli organi amministrativi cui, invece, legislatore e governo ascrivono la competenza idonea a compiere le valutazioni necessarie.

In ogni caso, però, la misura del *green pass* ha consentito nel corso del 2021 un margine di esistenza a ogni più estrema opposizione all'imposizione coattiva di un trattamento sanitario eventualmente non voluto: la certificazione digitale ha rappresentato, sotto questo profilo, una misura ben più mite di un ipotetico obbligo vaccinale e ha permesso a quanti ne temessero gli effetti di rifiutare la vaccinazione, pur con significativi condizionamenti di libertà fondamentali. Proprio come accade nell'enigma di Bartleby, che per Agamben rappresenta l'esperimento in cui il «possibile si emancipa da ogni ragione»⁶⁷, nella formula che lo scrivano non si stanca mai di ripetere: «I would prefer not to»⁶⁸; così anche il *green pass* ha lasciato aperto un piccolo spazio per ogni forma di ostinato rifiuto del vaccino. Un simile spazio, nel caso dell'obbligo generalizzato, andrebbe certamente perso, a vantaggio forse della coerenza, non anche però della ragionevolezza/proportionalità.

⁶⁵ Cfr. sul punto, A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in questa *Rivista*, 2018/I, 91 ss.

⁶⁶ Il quale CTS, per esempio, è stato istituito in regime emergenziale con decreto 371/2020 del capo dipartimento della Protezione civile, e il relativo assetto è definito (e riformulato progressivamente) dalle ordinanze del medesimo capo dipartimento.

⁶⁷ V. diffusamente G. AGAMBEN, *Bartleby o della contingenza*, in G. Agamben e G. Deleuze, *Bartleby, la formula della creazione*, Macerata, 1993.

⁶⁸ H. MELVILLE, *Bartleby lo scrivano: una storia di Wall Street* [1853], trad. di G. Celati, Torino, 1992, VII.