

*Appunti per l'audizione informale svolta il 20 aprile 2021 davanti alla
Commissione Affari costituzionali del Senato, sulla Proposta di regolamento –
Quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi
alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione
durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale)*

*di Arianna Carminati – Ricercatrice universitaria in Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università degli studi di Brescia*

Ringrazio il Presidente e la prima Commissione del Senato per l'invito a fornire qualche elemento di valutazione sui risvolti giuridici e in particolare sui profili di costituzionalità della proposta di regolamento europeo relativa all'introduzione e al reciproco riconoscimento fra gli Stati membri dell'Unione Europea di un certificato verde digitale¹.

1. Nel mio breve intervento cercherò di evidenziare alcuni aspetti che mi sembrano più problematici o comunque meritevoli di attenzione da parte della Vostra Commissione, benché l'impianto complessivo della disciplina contenuta nel regolamento e la finalità che esso si prefigge (ossia quella di facilitare l'esercizio del diritto fondamentale alla libertà di circolazione delle persone fra gli Stati dell'UE) appaiano essere pienamente legittimi – sia alla luce dei Trattati UE sia con riferimento alla Costituzione italiana – e financo doverosi nella misura in cui mirano a bilanciare l'interesse generale alla tutela della salute collettiva attenuando, di contro, il sacrificio

¹ Atto dell'Unione europea n. COM(2021) 130 definitivo.

finora imposto al diritto di circolazione delle persone, e proteggendo al contempo in modo che appare essere adeguato il diritto alla *privacy* sui dati personali contemplati dal certificato².

2. *La ragionevolezza della misura.* Un primo ordine di rilievi riguarda l'equiparazione che il regolamento stabilisce tra i tre presupposti (della vaccinazione, della guarigione dall'infezione, e del test negativo) che consentono di ottenere il certificato verde digitale. Tale equiparazione da un lato è senz'altro opportuna, poiché consente di superare eventuali obiezioni riguardo la disparità di trattamento che sarebbe potuta derivare ove la platea dei soggetti destinatari del certificato fosse stata ristretta ai soli vaccinati. Dall'altro lato, però, essa si espone a qualche critica nella misura in cui poggia su situazioni che risultano essere diverse dal punto di vista della protezione della sicurezza e della salute pubblica, ossia i beni in nome dei quali si giustificano le restrizioni alla libertà di circolazione, interne e fra gli Stati membri.

Anche traendo conferma dalle valutazioni tecniche di ordine medico-scientifico che sono state autorevolmente espresse in questa sede negli interventi che mi hanno preceduta³, sembra infatti di potersi ragionevolmente osservare che la probabilità di trasmettere l'infezione oltre frontiera da parte delle persone vaccinate, guarite, ovvero risultate negative a tamponi effettuati nei Paesi di provenienza sia, nei diversi casi, differente.

² Considerano adeguato il bilanciamento fra i diritti individuali e collettivi in gioco anche gli esperti intervenuti nel corso dell'audizione informale dell'8 aprile 2021 davanti alla Commissione affari costituzionali del Senato nell'ambito della medesima istruttoria sulla proposta di regolamento europeo. Si veda in proposito il testo delle audizioni di G. GRASSO, "*Certificato verde digitale*", "*Passaporto vaccinale*" e *diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2021; 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 *Osservatorio AIC*, n. 3/2021; D. MORANA, *Certificato verde digitale e passaporto vaccinale: due nozioni non sovrapponibili*, in *Amministrazione in cammino*, 5 maggio 2021. Si v. inoltre le memorie depositate dal Prof. Mario Bertolissi e dal Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali Pasquale Stanzone, disponibili sul sito del Senato della Repubblica all'indirizzo <http://www.senato.it/3572>. All'audizione del 8 aprile 2021 hanno preso parte anche i Professori Andrea Pertici e Gabriele Bottino.

³ Si fa riferimento, specialmente, alle considerazioni espresse davanti alla Commissione affari costituzionali del Senato, nel corso della stessa audizione informale del 20 aprile 2021, dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità Silvio Brusafferro e dal Coordinatore del Comitato tecnico scientifico Franco Locatelli.

Inevitabilmente diversa dovrà essere allora la *durata* dei certificati emessi, ma questo è un aspetto sul quale il regolamento tace, fatta eccezione per il certificato di guarigione dall'infezione Sars-Cov-2 la cui validità è fissata in 180 giorni⁴.

Per le altre due ipotesi spetterà alla Commissione, a quanto pare, nell'esercizio delle competenze ad essa delegate dal regolamento, definire la data di scadenza del certificato.

In particolare, si suppone che la validità del certificato emesso sulla base di test molecolari o di test antigenici rapidi sarà con ogni probabilità assai breve. Questa via di accesso al *pass* risulterà pertanto a conti fatti più onerosa, quanto meno con riguardo ai costi economici che le persone non vaccinate o non altrimenti immunizzate dovranno eventualmente sopportare per ogni spostamento transfrontaliero, costi corrispondenti come minimo al prezzo ogni volta pagato per effettuare un test antigenico rapido. La gratuità stabilita dal regolamento, infatti, sembra doversi ragionevolmente circoscrivere al solo rilascio del certificato e non poter ricomprendere l'effettuazione del test. Da questo punto di vista l'introduzione del certificato, almeno fintanto che la vaccinazione non sia offerta a tutti, finisce col produrre comunque una disparità di fatto a carico dei non vaccinati che, come dirò nel prosieguo, tenderà ad allargarsi in corrispondenza con l'eventuale ampliarsi degli utilizzi del *green pass*. Tale disparità dovrebbe pertanto fin da subito essere evitata almeno nei confronti di coloro che non si sono potuti vaccinare per ragioni mediche, ipotizzando per esempio in favore di questi ultimi il rilascio di un *pass* con validità a lungo termine e fondato sul presupposto, debitamente protetto ai fini della tutela della *privacy*, di non poter adempiere all'onere della vaccinazione. Il principio di solidarietà e quello di uguaglianza, infatti, impongono in questi casi alla società di farsi carico di un rischio – quello di consentire la circolazione dei soggetti non vaccinabili alle stesse condizioni di chi si sia vaccinato – che il soggetto non può altrimenti rimuovere.

In secondo luogo, è da notare che il regolamento, per ciascuna delle tre ipotesi sulle quali poggia la certificazione, fa riferimento a standard di sicurezza per valutare il rischio di trasmissione dell'infezione da parte dei soggetti muniti di *pass* che non appaiono essere troppo stringenti. In particolare, per l'ipotesi della vaccinazione il regolamento lascia aperta la possibilità che gli Stati

⁴ La circostanza che la validità del certificato emesso a favore delle persone guarite dall'infezione Sars-Cov-2 dovrebbe perdurare anche oltre il termine di 6 mesi previsto nella proposta di regolamento, tenuto conto della persistenza nel lungo periodo della copertura immunitaria, è stata sottolineata dal Prof. Locatelli nel corso dell'audizione.

membri emettano e utilizzino il *green pass* anche prima che il soggetto abbia completato il ciclo vaccinale – qualora il farmaco preveda un richiamo – e non fissa un termine minimo di attesa dopo la somministrazione quale condizione comune per il rilascio o l'utilizzabilità del certificato⁵; per l'ipotesi dei test per la diagnosi della Covid 19 la disciplina equipara ai test molecolari i test antigenici rapidi, la cui affidabilità è però considerata inferiore⁶; per l'ipotesi della guarigione, lo standard di sicurezza comune accolto nel regolamento UE a tutela della salute collettiva è stabilito in un periodo minimo di 11 giorni successivi al ricevimento, da parte dell'interessato, del primo risultato positivo al test per l'infezione da Sars-Cov-2. In questa ipotesi non si fa nemmeno riferimento alla scomparsa di eventuali sintomi e occorre notare che le nostre attuali regole sul rilascio del certificato di guarigione sono invero più rigorose⁷. Alla luce di ciò, non pare azzardato supporre che, sebbene il regolamento interessi solo la circolazione delle persone fra gli Stati membri, esso di fatto tenderà ad influenzare anche le discipline nazionali e probabilmente per questa via tenderanno a comunicarsi e a prevalere i criteri meno stringenti⁸.

Infine, sempre sul punto della tutela della salute collettiva e dunque della ragionevolezza dello strumento, va notato che nel regolamento non si fa mai riferimento alla necessità di disporre o di tener conto dell'esito di un esame sierologico che verifichi la presenza di anticorpi, né come ipotesi autonoma per il rilascio di un certificato né come dato necessario a stabilirne la durata.

⁵ Non viene nemmeno chiarito se il certificato possa in ogni caso essere emesso subito in favore di coloro che, avendo già contratto la malattia, dovrebbero ricevere un'unica dose di vaccino. Sul punto, il Prof. Locatelli nel corso dell'audizione ha osservato che la disciplina attuativa del certificato dovrebbe tenere adeguatamente conto di tali situazioni.

⁶ La circostanza è sottolineata al considerando n. 27 della proposta di regolamento. La disciplina europea dovrebbe consentire il rilascio di certificati soltanto con riferimento ai test antigenici rapidi figuranti nell'elenco stabilito sulla base della raccomandazione 2021/C 24/01 del Consiglio. Anche tenuto conto della possibilità di aggiornare tali elenchi in relazione all'evolvere delle tecniche di rilevazione del virus, va peraltro osservato che, stante la necessità di certificare il risultato dell'esame, saranno probabilmente sempre esclusi i test rapidi per autodiagnosi.

⁷ Si v. la Circolare del Ministero della salute del 12 aprile 2021 contenente indicazioni per la riammissione in servizio dei lavoratori dopo assenza per malattia Covid-19 correlata, che per i lavoratori positivi a lungo termine riporta quanto segue: «Secondo le più recenti evidenze scientifiche i soggetti che continuano a risultare positivi al test molecolare per SARS-CoV-2 e che non presentano sintomi da almeno una settimana (fatta eccezione per ageusia/disgeusia e anosmia che possono perdurare per diverso tempo dopo la guarigione), possono interrompere l'isolamento dopo 21 giorni dalla comparsa dei sintomi (cfr. Circolare Ministero della salute 12 ottobre 2020)».

⁸ Si deve osservare, tuttavia, che la proposta di regolamento non intacca le scelte politiche degli Stati membri in relazione al diritto all'ingresso o all'espatrio che «resta appannaggio delle scelte legislative dei singoli ordinamenti nazionali nel rispetto del diritto primario dell'Unione europea» (D. MORANA, *Certificato verde digitale e passaporto vaccinale: due nozioni non sovrapponibili* cit., p. 4).

3. *La tutela della privacy.* Un secondo ordine di rilievi riguarda le misure adottate a tutela della *privacy*. È già stato molto autorevolmente osservato che il regolamento si sforza di minimizzare l'impatto sulla *privacy* rispettando i principi di proporzionalità e di non discriminazione, e circoscrivendo la misura al solo trattamento dei dati indispensabili al rilascio, la verifica e la interoperabilità dei certificati al fine di facilitare la libertà di circolazione⁹. La circostanza che non sia stata fatta una valutazione di impatto della disciplina, plausibilmente giustificata nelle premesse del regolamento per l'urgenza di intervenire¹⁰, riduce tuttavia la possibilità di saggiare *ex ante* la reale portata della misura che si vuole introdurre e la praticabilità di altre possibili soluzioni ugualmente efficaci e meno invasive. Occorrerà allora monitorare con attenzione la fase attuativa, fase della quale il regolamento investe in modo largo e a tratti forse troppo indeterminato la Commissione europea.

Qualche dubbio, in questo senso, si può esprimere ad esempio con riguardo alla competenza delegata alla Commissione di decidere, ai sensi dell'art. 15, la sospensione della misura una volta che l'OMS dichiari terminata l'emergenza e, soprattutto, la facoltà rimessa alla stessa Commissione europea di ripristinare lo strumento del *green pass* qualora le istituzioni sanitarie internazionali nuovamente dichiarino l'emergenza. Questa riattivazione è inoltre prevista non solo in relazione alla Sars Cov 2 e alle sue varianti, ma anche – testualmente – «in relazione a malattie infettive simili con un potenziale epidemico». L'estensibilità della misura ad altre situazioni epidemiologiche, a discrezione della Commissione, suscita delle perplessità. L'attuale impostazione dell'art. 15 – anche laddove contempla solo la sospensione e non parla di revoca dello strumento – sembra infatti alludere ad una misura che resterà in ogni caso nell'ordinamento europeo e che non è destinata ad essere definitivamente superata una volta conclusa l'attuale fase emergenziale.

4. *I possibili ulteriori utilizzi.* Un ultimo profilo problematico riguarda i possibili ulteriori utilizzi del certificato che gli Stati membri decidessero eventualmente di introdurre a fini interni. Infatti,

⁹ Si v. la cit. memoria del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali Pasquale Stanzone in riferimento all'audizione informale del 8 aprile 2021. Ulteriori osservazioni sui profili tecnici necessari ad assicurare la tutela dei dati e sui rischi di contraffazione collegati alla emissione di certificati in forma cartacea sono state formulate dal Prof. Michele Colajanni nel corso dell'audizione informale del 20 aprile 2021.

¹⁰ La Relazione di accompagnamento della proposta della Commissione europea indica, sinteticamente, che «Data l'urgenza, la Commissione non ha effettuato una valutazione d'impatto».

non è azzardato ipotizzare che a livello statale si vorrà collegare il possesso del *green pass* anche al godimento di altri diritti oltre alla libertà di circolazione, nel senso di facilitarne la fruizione ovvero, persino, di riservare la possibilità di accedere a certi luoghi o servizi solo a chi disponga di un certificato valido.

Va anzi tutto osservato che sul punto la normativa europea non si spinge a tracciare una disciplina comune che limiti in modo specifico e uniforme l'azione degli Stati. Soltanto, l'undicesimo considerando della proposta di regolamento europeo chiarisce che il certificato «non dovrebbe essere inteso come un'agevolazione o un incentivo all'adozione di restrizioni alla libera circolazione o ad altri diritti fondamentali, in risposta alla pandemia». Ne consegue che il *green pass* potrebbe eventualmente essere utilizzato a fini interni solo nella prospettiva di allentare le attuali restrizioni generalizzate¹¹ fintanto che esse continuino ad essere giustificabili in ragione della tutela della salute pubblica, e comunque fermo restando il rispetto del nucleo duro dei diritti fondamentali. Nei fatti, tuttavia, si corre il rischio che tale strumento venga invece utilizzato dalle istituzioni di governo non per *allentare* ma per *rallentare* la riespansione dei diritti individuali e collettivi. Occorrerà allora evitare che, a causa della distinzione fra categorie di persone che il certificato produce – compresa la distinzione che intercorre fra i possessori di *pass* a seconda dei presupposti sui quali poggiano i certificati – si determinino bilanciamenti più sfavorevoli tra i diritti di libertà e la tutela della salute pubblica rispetto alle scelte che si sarebbero compiute in assenza di tale strumento. L'estensione degli utilizzi del *green pass* dovrebbe, inoltre, comportare una verifica più stringente della ragionevolezza dei presupposti di ordine medico-scientifico che lo sorreggono e che sono stati individuati solo per i fini (limitati) che il regolamento europeo si propone di raggiungere.

È infine da considerare che, al di là degli utilizzi normativamente previsti, l'emissione del certificato e la sua materiale disponibilità di per sé espongono di fatto le persone al rischio di dover

¹¹ Esemplifica alcuni dei possibili impieghi del *green pass* allo scopo di allentare le restrizioni che le misure adottate per contrastare la pandemia hanno determinato G. GRASSO, “Certificato verde digitale”, “Passaporto vaccinale” e diritto costituzionale: prime considerazioni cit., p. 5 s., facendo riferimento alla libertà di riunione sancita all'art. 17 Cost. (che – si osserva – è stata fortemente compressa «pur in mancanza nel testo di questa disposizione costituzionale dei «motivi di sanità» – previsti invece all'art. 16 Costituzione per la libertà di circolazione →); all'iniziativa economica privata che, in virtù della clausola dell'utilità sociale «declinata in stretto collegamento con la tutela della salute come interesse della collettività», potrebbe consentire riaperture limitate degli esercizi commerciali o di attività di impresa ricorrendo «a qualcosa di simile al certificato verde digitale»; al diritto al lavoro il cui esercizio, nel caso degli esercenti le professioni sanitarie e di altri operatori del settore socio-sanitario, è già stato condizionato all'obbligo di sottoporsi a vaccinazione dal decreto legge n. 44 del 2021.

dimostrare il possesso del *pass* anche al di fuori delle ipotesi contemplate dall'ordinamento europeo (ed eventualmente dal legislatore nazionale). Penso specialmente alle situazioni che si possono determinare nei luoghi di lavoro e al rischio di subire discriminazioni che i non vaccinati, specialmente, potrebbero correre, rischio che l'alternativa del certificato basato sul tampone negativo – per le ragioni dette sopra – non sembra poter fugare.

5. *Postilla al testo dell'Audizione.* La proposta di regolamento europeo è attualmente ancora all'esame del Consiglio e del Parlamento europeo in prima lettura. Nel frattempo, una volta concluso il ciclo di audizioni informali, la I Commissione del Senato ha formulato un parere favorevole con osservazioni indirizzate alla Commissione igiene e sanità la quale, ai sensi dell'art. 144 reg. sen., era stata investita dell'esame dell'atto normativo europeo in fase ascendente. Al termine dei propri lavori, la XII Commissione del Senato ha approvato una risoluzione che è stata trasmessa alle istituzioni europee. Tale documento (doc. XVIII, n. 23) esprime un parere favorevole con condizioni riferite: *a)* alla necessità di garantire un accesso ai *test* che sia equo e agevole e non comporti oneri per i soggetti che vi ricorrono perché impossibilitati, per ragioni esterne alla loro volontà, a sottoporsi alla vaccinazione; *b)* alla necessità di tener conto dei *test* sierologici positivi sia per certificare l'avvenuta guarigione, in mancanza di un previo tampone positivo, sia per prorogare per un tempo congruo la validità del certificato di vaccinazione e del certificato di guarigione, sia eventualmente per istituire, in aggiunta alle tre tipologie di certificato proposte, un quarto tipo di «certificato attestante la presenza di anticorpi». La risoluzione contiene, inoltre, alcune osservazioni che riguardano la tutela della riservatezza dei dati, la veridicità delle informazioni contenute nel certificato, le tipologie di test utilizzabili per diagnosticare l'assenza di infezione, la validità temporale dei certificati, l'esclusione del certificato per i minori d'età, la durata complessiva della misura e le regole relative al suo futuro definitivo superamento.

Occorre inoltre segnalare che in attesa dell'eventuale adozione del regolamento da parte delle istituzioni europee, il Governo italiano ha adottato il decreto legge 22 aprile 2021, n. 52 col quale, anticipando la normativa comunitaria, si introduce nel nostro ordinamento una «certificazione verde COVID-19» basata sugli stessi presupposti considerati nella proposta europea. La misura nazionale amplia la possibilità di circolazione fra le Regioni italiane e facilita gli spostamenti da e per l'estero. Essa prevede inoltre che alcuni eventi culturali o sportivi, così come la partecipazione a fiere,

convegni, o congressi che si svolgano sul nostro territorio, possano essere eventualmente riservate ai soli possessori di certificazioni verdi COVID-19, secondo le linee guida che saranno adottate dalle autorità amministrative competenti. Peraltro, stante la immediata efficacia del decreto legge, fino a quando non saranno disponibili certificati in forma digitale avanzata (interoperabile e con codice a barre), i medesimi devono (o dovrebbero già) essere rilasciati in forma cartacea.

Sul provvedimento adottato dal Governo grava tuttavia un atto di avvertimento formale del Garante nazionale della *privacy*¹² che segnala gravi criticità in ordine alla idoneità della base giuridica sul quale esso poggia e con riferimento al rispetto dei principi di esattezza, trasparenza, minimizzazione dei dati trattati. Dubbi sono espressi dal Garante anche con riguardo ai profili della riservatezza, dell'integrità, e dei limiti alla conservazione dei dati così raccolti. Si tratta di questioni che probabilmente, insieme a quelle già segnalate dalle Commissioni del Senato in merito alla (meno problematica) disciplina contenuta nella proposta di regolamento europeo, emergeranno nel corso dell'esame parlamentare per la conversione del decreto legge che nel frattempo ha preso avvio alla Camera dei deputati.

¹² Provvedimento di avvertimento in merito ai trattamenti effettuati relativamente alla certificazione verde per COVID-19 prevista dal decreto legge 22 aprile 2021, n. 52, adottato il 23 aprile 2021 e pubblicato in G. Uff. n. 104 del 3 maggio 2021.