

3

settembre-dicembre
2021

SoDiS

Società italiana di
Diritto Sanitario

CORTI SUPREME e SALUTE

● Rivista diretta da
● Renato Balduzzi

In evidenza:

- Le Conseil constitutionnel valide la structure fondamentale du "passe sanitaire"
- Il Supremo Tribunale Federale brasiliano e le multiformi problematiche della pandemia)
- Il potere sindacale di ordinare la rimozione dei rifiuti abbandonati
- La vaccinazione contro il Covid-19 delle persone incapaci di prestare il loro consenso

DIREZIONE

Renato Balduzzi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano)

COMITATO SCIENTIFICO

Enzo Balboni (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano); Mario Bertolissi (Università di Padova); Carlo Bottari (Università di Bologna); Josep Maria Castellà Andreu (Universitat de Barcelona); Lorenzo Chieffi (Università della Campania); Matteo Cosulich (Università di Trento); Lorenzo Cuocolo (Università di Genova); Carlo Emanuele Gallo (Università di Torino); Gianmario Demuro (Università di Cagliari); Giuseppe Di Gaspare (LUISS, Roma); Giorgio Grasso (Università dell'Insubria); Donatella Morana (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Luciani (Università di Roma "La Sapienza"); † Jörg Luther (Università del Piemonte Orientale); Bertrand Mathieu (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Barbara Pezzini (Università di Bergamo); Annamaria Poggi (Università di Torino); Fabrizio Politi (Università dell'Aquila); Emanuele Rossi (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa); Maria Alessandra Sandulli (Università di Roma Tre); Massimo Siclari (Università di Roma Tre); Michel Verpeaux (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Carlos Vidal Prado (UNED, Madrid); Lorenza Violini (Università di Milano)

REDAZIONE SCIENTIFICA

Davide Servetti, Andrea Patanè, Vincenzo Antonelli, Luca Armano, Francesco Gallarati, Davide Paris, Arianna Pitino, Eugenio Tagliasacchi

Corti Supreme e Salute è classificata nell'elenco delle riviste scientifiche (area 12) tenuto dall'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca.

Direttore responsabile: Renato Balduzzi

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacineditore.it • info@pacineditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Indice

Giurisprudenza italiana

- M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico*..... p. 493
[Consiglio di Stato, sez. I, parere 13 maggio 2021, n. 850, est. Carpentieri]
- L. COSTIGLIOLO, *Effetti della pandemia e diritto civile alla luce della più recente giurisprudenza: eterogenesi dei fini?* » 511

Giurisprudenza straniera

- G. GRASSO, M. KORDEVA, *Le Conseil constitutionnel valide la structure fondamentale du « passe sanitaire »: quelques réflexions sur la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021*..... » 543
[Conseil constitutionnel, Déc. n° 2021-819 DC du 31 mai 2021]
- A. CANEPA, *Prove tecniche di sopravvivenza dell'ordinamento costituzionale. Il Supremo Tribunale Federale brasiliano e le multiformi problematiche della pandemia*..... » 559

Osservatorio

- G. MAROTTA, *Ordinamento sanitario e diritto di accesso: analisi della giurisprudenza amministrativa* » 587

Saggi

- V. CINGANO, *Il potere sindacale di ordinare la rimozione dei rifiuti abbandonati, a tutela dell'ambiente e della salute* » 599

Dibattiti

- F. CEMBRANI, *La vaccinazione contro il Covid-19 delle persone incapaci di prestare il loro consenso* » 611

Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico*

[Consiglio di Stato, sez. I, parere 13 maggio 2021, n. 850, est. Carpentieri]

Matteo Timo**

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il caso oggetto di controversia. – 3. (Segue) Il parere del Consiglio di Stato. – 4. (Segue) L'impiego del DPCM tra atti *extra ordinem* e usuali fonti del diritto. – 5. Considerazioni di carattere conclusivo.

ABSTRACT

Il Consiglio di Stato, con il parere in commento, procedere ad una analitica disamina della legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, impiegati nella gestione del fenomeno pandemico. Il parere riscontra la legittimità costituzionale dello schema normativo “decreto-legge - D.P.C.M.”, per soffermarsi sulla natura giuridica del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

The opinion of the Council of State, commented upon above, analyses the legitimacy of the President of the Council of Ministers decrees (so called D.P.C.M.) used to manage the Covid-19 pandemic. The opinion states the legitimacy of the combination “law decree – D.P.C.M.” and then it examines the President of the Council of Ministers decrees juridical nature.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Ricercatore TDB in Diritto amministrativo nell'Università di Genova, matteo.timo@unige.it.

1. Osservazioni introduttive

Con il parere in rassegna¹, reso a seguito di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il Consiglio di Stato in sede consultiva perviene, per la seconda volta² nell'arco di un anno, ad una diffusa analisi dei poteri normativi ed amministrativi esercitati dall'Esecutivo nella gestione dell'emergenza pandemica, concludendo per la legittimità dei medesimi.

Con maggior precisione, dall'aprile 2020 al maggio 2021, sono stati posti all'attenzione della Sezione I del Consiglio di Stato due casi emblematici che hanno consentito alla stessa di prendere in esame (e "a largo spettro") i poteri che il Governo, per un verso, si è attribuito in virtù della legislazione d'urgenza succedutasi dal marzo 2020 ad oggi³ e, per un altro verso, che questi ha esercitato sulla scorta della legislazione già vigente⁴.

I summenzionati pareri consentono, innanzi tutto, d'esporre talune considerazioni di portata generale e, in particolar modo, di osservare come essi si pongano a riprova dell'importanza che la funzione consultiva⁵ del Consiglio di Stato tuttora – a centonovant'anni

* Postilla: la Corte costituzionale, con sentenza n. 198, depositata il 22 ottobre 2021, è pervenuta – in un momento in cui il presente contributo era già impaginato e di prossima pubblicazione – alla declaratoria d'infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate in merito al decreto-legge n. 19/2021. La presente nota si limita, pertanto, a richiamare il comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale che preannuncia il deposito delle motivazioni. In questa sede, pare opportuno evidenziare come la Consulta richiami espressamente il parere n. 850/2021 del Consiglio di Stato, nella parte in cui ammette l'alternatività dei modelli di regolazione dell'emergenza, escludendo che il D.lgs. n. 1/2018 e la legge n. 833/1978 possano assurgere a "leggi rinforzate". Giova, altresì, rilevare come la Corte escluda la natura extra ordinem in capo ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, piuttosto evidenziandone le similitudini con i cd. "atti necessitati": tesi, quest'ultima, che chi scrive aveva già posto in evidenza nel corso del commento al parere n. 850/2021.

¹ Cons. di Stato, Sez. I, parere 13 maggio 2021, n. 850, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

² Il riferimento è al noto parere con cui il Consiglio di Stato si è espresso a favore dell'annullamento straordinario promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso un'ordinanza del Sindaco di Messina, che – assumendo come presupposto l'emergenza pandemica – imponeva obblighi di comunicazione a tutti coloro che intendessero giungere in Sicilia attraversando lo stretto di Messina: Cons. di Stato, Sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735, reperibile, con *focus* giurisprudenziale, in www.giustizia-amministrativa.it, annotato da A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta Online*, 10 aprile 2020, nonché da N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 tuel di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo Stretto di Messina*, in *Diritti regionali - Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 12 aprile 2020.

³ Il richiamo è ai decreti-legge che, come risaputo, hanno regolato – e continuano a regolare – la reazione italiana all'emergenza sanitaria dovuta al diffondersi del virus cd. "COVID-19": nello specifico, si tratta del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, e del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, nonché degli atti aventi forza di legge successivamente sopraggiunti.

⁴ In particolare, si tratta del potere di annullamento straordinario tradizionalmente riconosciuto all'Esecutivo nei confronti degli atti amministrativi di altri enti pubblici territoriali, oggi normato tanto dalla legge 23 agosto 1988, n. 400 (recante la disciplina dell'attività del Governo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri), quanto dal D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (cd. "Testo unico degli Enti locali").

⁵ In merito alla funzione consultiva, sia consentito richiamare, *ex multis*, M. TIMO, *Il ruolo consultivo del Consiglio di Stato: storicità e attualità di una funzione*, in P.M. VIPIANA, M. TIMO (a cura di), *Il ruolo della giurisprudenza amministrativa nel diritto amministrativo*, Atti dell'incontro di studio svoltosi presso l'Università degli Studi di Genova il 26 marzo 2019, Genova, 2021, pp. 219 ss.

dall'istituzione – riveste⁶ sia per il corretto svolgersi della funzione amministrativa, sia per la migliore comprensione e redazione di testi normativi⁷, sia per il soddisfacimento del bisogno di tutela giustiziale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione⁸.

In seconda battuta, è possibile osservare come i due pareri si collochino sostanzialmente in linea di continuità ed entrambi, all'esito di un dettagliato sindacato del quadro normativo, confermino la legittimità delle scelte governative compiute sul piano regolatorio e su quello amministrativo.

È, tuttavia, da evidenziare come il parere oggetto del presente scritto sopraggiunga in un contesto interpretativo consolidatosi per l'effetto congiunto, da un lato, dell'incessante opera esegetica compiuta dalla dottrina successivamente alla dichiarazione dello stato di emergenza⁹ e, da un altro lato, dell'attività della giurisprudenza costituzionale e amministrativa che, tra il 2020 e il 2021, ha avuto modo anch'essa di scrutinare l'attività normativa dell'Esecutivo.

Invero, il parere n. 850/2021, di seguito commentato, si colloca a valle, recependolo, dell'intervento della Corte costituzionale, la quale nella pronuncia n. 37/2021¹⁰ ha avuto modo di chiarire il riparto delle competenze legislative fra lo Stato e le Regioni, comprese quelle cd. "a statuto speciale", in seno a questa del tutto peculiare pandemia di carattere non solo nazionale, bensì globale: proprio in forza di quest'ultima considerazione – e del fatto che lo stato di emergenza sanitaria è stato dichiarato tanto a livello statale dal Consiglio dei ministri, quanto a livello internazionale dall'Organizzazione Mondiale della Sanità

⁶ V. S. CASSESE, *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, in Aa.Vv., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, pp. 21 ss.

⁷ Cfr. A. PEZZANA, *Attività consultiva del Consiglio di Stato e funzione legislativa*, in Aa.Vv., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di Guido Landi*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 109 ss.; L. COSSU, *La legge 15 maggio 1997, n. 127 (una «rifondazione» della funzione consultiva?)*, in Aa.Vv., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., pp. 499 ss., e V. NERI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato dall'editto di Racconigi ai pareri resi su richiesta dell'ANAC*, in *Urb. app.*, 2020, n. 4, pp. 466 ss.

⁸ Su questi aspetti, si rinvia a A. CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'Unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, Utet, 2011, pp. 171 ss.

⁹ Per quanto concerne l'interesse della dottrina in merito alle conseguenze della pandemia sul sistema delle fonti del diritto e, in particolare, sull'impiego dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, si vedano, *ex multis*, A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.? (In margine a Consiglio di Stato parere n. 850 del 13 maggio 2021)*, in *www.giustamm.it*, n. 2021, n. 5; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *www.rivistaaic.it*, 2021, n. 2; C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema di amministrazione extra ordinem*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2021, n. 1; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *www.rivistaaic.it*, 2020, n. 2; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 4 ottobre 2020.

¹⁰ Corte Cost., 12 marzo 2021, n. 37, reperibile in *www.cortecostituzionale.it* e annotata per questa *Rivista* (2021, n. 1, pp. 1 ss.) da L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazoooka della profilassi internazionale*. Sullo stesso tema si richiamano anche G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, n. 3, pp. 294 ss.; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 aprile 2021.

– il Giudice delle leggi è pervenuto ad attribuire alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in ambito di “profilassi internazionale”¹¹ la regolazione della materia.

Per tal via, la Sezione I ha potuto far proprio il ragionamento della Consulta¹² nella misura in cui essa ha riconosciuto costituzionalmente legittimo l'intervento normatore unilaterale dello Stato. Tuttavia, ad un esame più approfondito della pronuncia n. 37/2021 della Corte costituzionale è possibile notare come, per espressa e corretta enunciazione della stessa Corte, tale pronuncia non abbia preso in esame né la legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (di seguito anche D.P.C.M.) – e diversamente la Corte non avrebbe potuto fare, essendo, come noto, le fonti secondarie, al pari degli atti amministrativi, esclusi dal giudizio di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge¹³ – né, in senso più ampio, la coerenza dell'impiego del binomio “decreto-legge-D.P.C.M” con il sistema delle fonti, limitandosi in ordine a questo tema ad osservare che la regolazione della profilassi internazionale è sottratta al legislatore regionale e che lo Stato dispone di più opzioni normative, date dall'impiego dei già previsti rimedi di cui alla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale¹⁴ e al Codice della protezione civile¹⁵, ovvero di appositi strumenti concepiti *ad hoc*¹⁶ al manifestarsi di specifici eventi emergenziali.

Sulla scorta di queste considerazioni, la Sezione I è giunta, in primo luogo, a riconoscere, alla luce del vigente sistema delle fonti del diritto, piena legittimità allo strumento del

¹¹ Di cui all'art. 117, comma 2, lett. q), Cost. Con maggior precisione la Consulta ha osservato che «Venendo al merito del ricorso, deve ribadirsi quanto già deciso nella fase cautelare, ovvero che la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di “profilassi internazionale” (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla. La malattia da COVID-19, infatti, è notoriamente presente in tutto il mondo, al punto che fin dal 30 gennaio 2020 l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato l'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale, approfondendo in seguito raccomandazioni dirette alle autorità politiche e sanitarie degli Stati. Questa Corte ha già ritenuto che la profilassi internazionale concerne norme che garantiscano “uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale” (sentenza n. 5 del 2018; in precedenza, sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004)» (sentenza n. 37/2021, cit., punto 7 del considerato in diritto).

¹² Per un esame della pronuncia della Corte costituzionale, ad integrazione della dottrina già menzionata, si vedano anche F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia. Sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in *www.constituzionalismo.it*, 2021, n. 1, e G. LAVAGNA, *Il Covid-19 e le Regioni. Uso e “abuso” delle ordinanze ‘extra ordinem’ dei Presidenti regionali*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 7.

¹³ Tanto è vero che la Corte ha statuito che «Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale» (sentenza n. 37/2021, cit., punto 9.1. del considerato in diritto).

¹⁴ Il riferimento è all'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833.

¹⁵ D.Lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (art. 25 in particolare).

¹⁶ La sentenza n. 37/2021 (punto 9 del considerato in diritto), cit., ha osservato che «Infatti, il modello offerto dalla legislazione vigente, e appena rammentato, se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile. È perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire».

decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e, in secondo luogo, a ritenere manifestamente infondate le questioni di costituzionalità prospettate dalla ricorrente, tanto nel profilo “formale” concernente la pretesa violazione delle disposizioni della Carta che regolano i poteri legislativi dell’Esecutivo, quanto alla luce del profilo “sostanziale” avente ad oggetto l’incompatibilità fra gli impugnati D.P.C.M. e taluni diritti sanciti in Costituzione.

2. Il caso oggetto di controversia

Il parere in commento si colloca a valle di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica notificato da una società di ristorazione, la quale si doleva della sanzione amministrativa della chiusura per quindici giorni irrogata dal Questore della Provincia di Pesaro e, a monte, dei D.P.C.M. del 24 ottobre 2020¹⁷, del 3 novembre 2020¹⁸ e del 24 ottobre 2020¹⁹.

Invero, la ricorrente – nell’intento dichiarato di attuare una manifestazione di protesta avverso le restrizioni imposte dal D.P.C.M. del 24 ottobre 2020 (limitativo, a fini di prevenzione del contagio da COVID-19, dell’orario di apertura delle attività di somministrazione di cibi e di bevande) – aveva organizzato una cena alla presenza di novanta persone. Siffatta attività veniva accertata e verbalizzata dalla polizia municipale di Pesaro e, di seguito, il Questore applicava la suddetta sanzione.

La società ricorrente, come rilevato dal Consiglio di Stato²⁰, si duole essenzialmente della mancata conformità a Costituzione dei menzionati D.P.C.M. e, più in generale, dalla legittimità dell’impiego dello stesso decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri quale strumento regolatorio della pandemia, sulla scorta di due profili: innanzitutto, per l’impossibilità di collocare nel sistema italiano delle fonti del diritto i D.P.C.M., con la conseguenza che gli stessi decreti-legge che li hanno autorizzati sarebbero costituzionalmente illegittimi; in secondo luogo, per la violazione di puntuali diritti riconosciuti dalla Costituzione, quali la libertà di iniziativa economica privata e il diritto al lavoro, nonché per carenza di motivazione in ordine alle limitazioni imposte.

Con maggior precisione, la ricorrente – oltre alla violazione dei summenzionati diritti costituzionali – contestava, in primo luogo, il mancato rispetto degli artt. 76 e 77 Cost.

¹⁷ 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»”

¹⁸ 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»”.

¹⁹ 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»”.

²⁰ Parere in rassegna, punto 5 del considerato.

nella misura in cui il Governo avrebbe proceduto, nella sostanza, a delegare a se stesso la potestà legislativa; in secondo luogo, la violazione del decreto di recepimento²¹ della cd. “direttiva servizi”²², avendo l’Esecutivo imposto una restrizione quantitativa alla prestazione dei servizi in assenza della prescritta notifica alla Commissione europea; in terzo luogo, l’inosservanza della competenza all’adozione del provvedimento sanzionatorio, essendo il medesimo di titolarità del Prefetto e non del Questore.

In via riassuntiva, è possibile affermare come la tesi proposta mediante il ricorso straordinario sia nel senso di dimostrare che i decreti del Presidente del Consiglio altro non siano che semplici atti amministrativi, i quali – oltre ad esigere il rispetto di tutte le garanzie procedurali e formali proprie dei provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione – appaiono inidonei a fungere da strumento regolatorio, a maggior ragione se impositivi di limitazioni in materie garantite dalla riserva di legge²³.

Nei paragrafi successivi, alla luce delle motivazioni espresse dalla Sezione consultiva, si descriveranno le ragioni che destituiscono di fondamento la tesi attorea, dimostrando come la tecnica normativa prescelta dall’Esecutivo, al ricorrere di talune condizioni (nel caso di specie avveratesi), trovi cittadinanza nel nostro ordinamento.

3. (Segue) Il parere del Consiglio di Stato

Nell’esaminare le motivazioni argomentate dal Consiglio di Stato, in questa sede è possibile prescindere dall’analisi delle doglianze inerenti all’asserita inosservanza delle regole sulla competenza e alla trasgressione della direttiva servizi. Circa la prima questione, il Collegio ha correttamente accolto l’eccezione d’inammissibilità sollevata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, essendo l’atto gravato non definitivo, in quanto impugnabile con ricorso gerarchico al Prefetto e, pertanto, non direttamente ricorribile al Capo dello Stato. In merito alla seconda questione – che non riveste interesse in riferimento alla natura dei D.P.C.M. e alla loro collocazione tra le fonti del diritto –, la Sezione è giunta alla piana e condivisibile conclusione che i D.P.C.M. non rientrano nel campo di operatività delle disposizioni della direttiva n. 2006/123/CE e del D.Lgs. n. 59/2010, dal momento che essi pongono limitazioni, giustificate per motivi di salute pubblica, nei confronti di intere categorie economiche e non di singoli prestatori.

²¹ D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, in particolare art. 12, comma 1, lett. a).

²² Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.

²³ Per un compiuto esame della nozione di riserva di legge, si rinvia alla dottrina che ha avuto modo di meglio studiare l’istituto in parola. Su cui diffusamente, R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 1212 ss.; R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. X, Torino, Utet, 1994. In precedenza, S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, Giuffrè, 1963, e F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, Genova, 1980.

All'opposto, il Consiglio di Stato – sembrerebbe²⁴, invero, in forza della constatazione più fattuale che giuridica dell'opportunità di sindacare nel merito le questioni inerenti alla legittimità dei D.P.C.M. – ha superato un proprio precedente contrario dello stesso 2021²⁵ e ha ritenuto ammissibili, ancorché infondate, le suddette doglianze.

Il parere, fornendone ampia e adeguata motivazione, giunge alla conclusione che «i dd.P.C.M. impugnati possano rinvenire un'adeguata e legittima collocazione razionale nel vigente sistema delle fonti che caratterizza il nostro ordinamento giuridico»²⁶.

La Sezione I si sofferma su un diffuso esame della natura giuridica dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri²⁷ impiegati nella regolazione della riposta italiana al diffondersi della pandemia da COVID-19²⁸, utilizzando come termine di paragone i provvedimenti a carattere d'urgenza già previsti dal nostro ordinamento e, in particolare, le ordinanze emergenziali di cui alla legge n. 833/1978 e al D.lgs. n. 1/2018.

Per il vero, la ricostruzione effettuata dal Consiglio di Stato, dapprima, opera sul piano della legittimità costituzionale con riguardo all'impiego di un decreto-legge al fine di demandare all'Esecutivo la predisposizione di una normativa di rango secondario abilitata a limitare diritti dei singoli, in seguito, s'interessa al piano della coerenza della suddetta fonte secondaria – vale a dirsi del D.P.C.M. – con i poteri di ordinanza previsti dalle altre disposizioni vigenti e, infine, si sofferma sulla natura in senso proprio del D.P.C.M.

Prima di fornire un sintetico quadro della decisione assunta in merito alle questioni appena menzionate, giova soffermarsi su due premesse di ordine generale che si desumono dal parere qui in commento²⁹ e che complessivamente tanto rendono conto della capacità propria della funzione consultiva di cogliere i fenomeni giuridici in seno alla realtà fattuale che li connota, quanto consentono un migliore inquadramento formale delle scelte normative compiute dal Governo.

Per un verso e sotto il profilo della sistematica delle fonti, il parere rammenta un aspetto che a prima vista può apparire ovvio, ma che non sembra per nulla scontato, sia dalla

²⁴ Cfr. punto 3.3. del considerato.

²⁵ Cons. di Stato, Sez. I, parere 6 aprile 2021, n. 598.

²⁶ Parere in commento, punto 6 del considerato.

²⁷ In ordine a questi aspetti, la dottrina – già ad un approccio generale alla materia – ha avuto modo di manifestare dubbi circa la natura giuridica dei D.P.C.M. In questo senso, L. SILVANO, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, Giuffrè, 1998, «È infatti controverso quali siano i caratteri essenziali, e quale la natura, delle attribuzioni del Presidente del Consiglio, in estrinsecazione delle quali sono posti in essere tali decreti». Più nel dettaglio, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Padova, Cedam, 2015, pp. 193-194, ha osservato che ai «regolamenti ministeriali ed interministeriali possono accostarsi quelli del Presidente del Consiglio dei ministri, previsti da leggi speciali, il cui procedimento di formazione ed il cui ambito di competenza sono definiti dalle stesse leggi».

²⁸ Cfr., su questo tema, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *www.rivistaaic.it*, 2020, n. 2; A. SILVESTRI, V. TURRIZIANI, *Coronavirus: per la Corte costituzionale i d.p.c.m. sono legittimi, non c'è spazio per le leggi regionali e le ordinanze locali*, in *Cammino diritto*, 2021, n. 5; D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2019, n. 2.

²⁹ In dettaglio, si vedano i punti 6.1 e 6.6.1 del considerato.

lettura delle motivazioni del ricorso straordinario³⁰, sia a livello di opinione pubblica: il continuo – e sovente mediatico – richiamo alla violazione dei diritti fondamentali da parte della normativa “anti-COVID”.

Con riferimento a questo aspetto, il Consiglio di Stato rammenta che i diritti e le libertà che emergono nel caso concreto – ancorché il discorso paia potersi generalizzare all’intero impianto di disposizioni emanate a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza – attengono indubbiamente a diritti sanciti dalla Carta costituzionale, ma assicurati da riserve di legge cd. “relative” e, non sembra scorretto aggiungere, soggetti altresì a limitazioni nel rispetto di simili riserve.

Ne consegue che, al ricorrere di tali ipotesi, una qualsiasi fonte primaria³¹, sia essa una legge ordinaria, un decreto-legge o un decreto legislativo, è abilitata a regolare la materia con rinvio, per la sua attuazione o esecuzione, alle norme di rango secondario. Tanto è vero che la dottrina, anche in materia di diritto alla salute, appare pacifica nell’affermare che l’art. 32 Cost.³², si differenzi dal precedente art. 13, proprio nell’introdurre una riserva di legge di carattere relativo, priva dell’aggiuntiva riserva di giurisdizione, e nel legittimare misure limitative nell’ottica della salute collettiva, non del singolo: ne è riprova che gli accertamenti coercitivi³³ (a titolo esemplificativo, quelli volti alla ricerca di una prova del reato) ricadono nel campo d’applicazione dell’art. 13, mentre i trattamenti sanitari obbligatori (tra i quali anche le tanto discusse “vaccinazioni obbligatorie”³⁴) rientrano nell’art. 32 in quanto indirizzati alla tutela della salute pubblica³⁵.

Per un altro verso e in riferimento alla citata attitudine della funzione consultiva a cogliere il sostrato fattuale delle questioni proposte nel parere n. 850/2021, la Sezione afferma chiaramente che la scelta governativa di derogare all’usuale modello delle ordinanze in materia sanitaria e di protezione civile discende, oltre che da una legittima scelta discrezionale dell’Esecutivo, quantomeno dalla necessità di far fronte ad una situazione pandemica del tutto eccezionale, di carattere globale e non affrontata precedentemente: da ciò l’opportunità che il potere decisionale, nei limiti statuiti dalla Costituzione e dalla legge, sia concentrato nelle mani del Presidente del Consiglio dei ministri, dal momento che egli,

³⁰ Come riportate dal parere in rassegna.

³¹ Essenzialmente, come già osservato, si tratta di fonti primarie statali, giacché la materia è riservata alla potestà legislativa esclusiva inerente alla “profilassi internazionale” di cui all’art. 117, comma 2, lett. q), Cost. (cfr. Corte cost., n. 37/2021, cit.).

³² Richiamato dallo stesso Consiglio di Stato nel parere in rassegna.

³³ Si veda, in generale, G. DE LUCA, *Coercizione processuale penale*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 298 ss., nonché P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 2016.

³⁴ Cfr., fra i molti, M.C. D’ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 1009 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1999. Più di recente, C. CHIARELLO, *Vaccinazioni (obbligo di)*, *ivi*, 2021.

³⁵ Si veda l’attenta ricostruzione di R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, XVIII ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 456.

ai sensi dell'art. 95, comma 1, Cost.³⁶, è titolare della politica generale del Governo e ne è responsabile.

Il ragionamento delineato dalla Sezione I appare condivisibile. In assenza di riserve assolute di legge e in assenza di riserva “di amministrazione” che attribuiscono la competenza ad uno specifico organo, non è da ritenersi scorretta la preferenza, accordata dai decreti-legge succedutisi dal marzo 2020, a favore dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Leggendo fra le righe della motivazione del parere, come già evidenziato, è possibile intravedere come tale motivazione si radichi in considerazioni dal forte connotato fattuale. Posto che la Costituzione non pone limiti, nei termini che saranno meglio precisati nel prosieguo, all'uso di fonti secondarie in questa materia, si rileva come le decisioni normative assunte – idonee a imporre forti limitazioni – siano gravide di pesanti conseguenze in termini di “tenuta politica” dell'Esecutivo, tanto da ritenere che alle ordinanze di un singolo Ministro (quello della Salute) e a quelle incardinate in un semplice Dipartimento della Presidenza del Consiglio (quello della Protezione civile), siano preferibili provvedimenti del Presidente del Consiglio, giacché egli è puntualmente identificabile e ben definita è la sua responsabilità politica. In altre parole, mentre le citate ordinanze assumono un carattere prettamente amministrativo, nei D.P.C.M. è più chiara la responsabilità politica, con ogni probabilità, anche in termini di maggiore legittimazione, dell'organo decidente.

Tornando all'esame del parere, non è necessario soffermarsi sulla questione relativa alla violazione dell'obbligo motivazionale, poiché il Consiglio di Stato ha fatto – e diversamente non avrebbe potuto essere – applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990³⁷: sia che i D.P.C.M. siano atti amministrativi generali, sia che dispongano di natura normativa, per essi non è richiesta motivazione in virtù del comma 2 della disposizione da ultimo citata. D'altra parte, più articolata e meritevole d'interesse è l'argomentazione sulla scorta della quale la Sezione consultiva è pervenuta alla declaratoria d'infondatezza del ricorso straordinario in merito all'impiego dei D.P.C.M.

4. (Segue) L'impiego del DPCM tra atti *extra ordinem* e usuali fonti del diritto

Il parere – prendendo le mosse dalle premesse che sono state esaminate nel paragrafo precedente – ha, dapprima e facendo seguito alla già menzionata pronuncia n. 37/2021 della Corte costituzionale, ribadito la correttezza dello schema normativo e, in seguito, ha proposto una ricostruzione della natura giuridica dei D.P.C.M. *de quibus*.

³⁶ Per mero errore materiale del tutto evidente, il parere in commento richiama l'art. 92, comma 1, Cost., anziché l'art. 95, comma 1, Cost. (punto 6.6.1 del considerato).

³⁷ Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Invero, il Giudice delle leggi, nell'affrontare la sopra menzionata questione di legittimità costituzionale concernente il riparto della potestà legislativa tra lo Stato e la Regione della Valle d'Aosta, si era limitato ad osservare che nessun impedimento era riscontrabile nella scelta, riservata alla potestà statale, d'impiegare la legislazione d'urgenza attuata da successivi decreti del Presidente del Consiglio: in quella sede, è opportuno rammentare, come la Corte avesse ricordato che non «è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo [...]»³⁸.

Tuttavia, in una più recente decisione, non ancora depositata, ma della quale l'Ufficio stampa della Corte costituzionale ha dato notizia in un comunicato del 23 settembre 2021³⁹, sembra che il Giudice delle leggi, nel confermare il precedente di cui alla sentenza sopra menzionata, abbia, per un verso, chiarito che i decreti-legge emergenziali non hanno determinato alcuna delegazione legislativa a favore dell'Esecutivo e, per un altro verso, abbia chiarito come i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, attuativi della medesima decretazione d'urgenza, abbiano natura meramente amministrativa⁴⁰.

Nell'attesa di poter esaminare compiutamente le motivazioni dell'ultima pronuncia della Consulta, occorre osservare come il Consiglio di Stato paia essere giunto solo in parte alle medesime conclusioni: da un lato, la Sezione I ha avvalorato la tesi della legittimità costituzionale dell'attuazione di un decreto-legge per il tramite di un D.P.C.M., ma, da un altro lato, non sembra aver chiarito in modo esaustivo – come si chiarirà poco oltre – la natura giuridica dei decreti del Presidente del Consiglio in questione.

Invero, nel già citato parere del 2020⁴¹, sollecitato dal potere governativo di annullamento straordinario⁴² e, a quanto consta, non richiamato dal parere oggetto di queste pagine, il Consiglio di Stato aveva anticipato parte delle conclusioni cui sono successivamente giunte la Corte costituzionale e la medesima Sezione I.

In tal senso, il parere n. 735/2020 si era avveduto della riserva a favore dello Stato in materia di profilassi internazionale, aveva sottolineato la necessità di un quadro normativo unitario a livello nazionale e, elemento di maggior interesse al fine della presente disamina, aveva – seppur indirettamente – riconosciuto che le misure di cui agli artt. 2 e 3 del D.L.

³⁸ Corte cost. pronuncia n. 37/2021, cit., § 9.1 del considerato in diritto.

³⁹ Reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), nonché su sulla rivista *Federalismi.it* (all'indirizzo <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=45962>).

⁴⁰ Con maggior precisione, il citato comunicato stampa del 23 settembre 2021, riporta che «In attesa del deposito della sentenza, l'Ufficio stampa fa sapere che la Corte ha ritenuto inammissibili le censure al Dl n. 6, perché non applicabile al caso concreto. Ha poi giudicato non fondate le questioni relative al Dl n. 19, poiché al Presidente del Consiglio non è stata attribuita altro che la funzione attuativa del decreto legge, da esercitare mediante atti di natura amministrativa».

⁴¹ Si tratta di Cons. di Stato, parere n. 735/2020, cit.

⁴² Vedi, *supra*, nota 3.

n. 19/2020⁴³, in materia di conferimento di poteri normativi al Presidente del Consiglio dei ministri, si ponessero «in linea con il quadro costituzionale [...]»⁴⁴.

Il parere n. 850/2021 si pone in continuazione con i precedenti citati e, rispetto ad essi, ne sviluppa i contenuti, meglio precisando i caratteri della normativa emergenziale in materia di contrasto alla pandemia da COVID-19. Per tal via, il Consiglio di Stato ricorda come l'ordinamento italiano conosca i succitati modelli delle ordinanze in materia di sanità pubblica e di protezione civile, ma chiarisce come né la legge n. 833/1978, né il D.lgs. n. 1/2018 godano di specifiche garanzie costituzionali tali da impedirne la deroga ad opera di altra fonte primaria. In altri termini, essi non sono leggi cd. “rinforzate” e nulla esclude che altre leggi o altri atti aventi forza di legge introducano sistemi di gestione dell'emergenza ad essi concorrenti. Con l'ovvia avvertenza che, qualora si tratti di atti aventi forza di legge, debbono rispettarsi i dettami degli artt. 76 e 77 Cost.: circostanza effettivamente verificatasi, nel caso in parola, grazie alla conversione in legge ad opera del Parlamento. Appurato che lo strumento del decreto-legge sia idoneo a derogare le disposizioni recate da altre fonti primarie non rinforzate – e questa, per inciso, costituisce una piana applicazione dei principi che governano il sistema italiano delle fonti del diritto –, la Sezione I ribadisce la relatività delle riserve di legge nella materia *de qua*, dichiarando legittimo il ricorso al decreto del Presidente del Consiglio.

Sulla base di questa condivisibile ricostruzione, il Collegio ben puntualizza come la scelta di una fonte secondaria in luogo di un'altra sia una valutazione rimessa al legislatore e, nella sostanza, una scelta di carattere politico. Si è, infatti, avuto modo di scrivere poco sopra come il Collegio – benché si tratti di un sindacato di sola legittimità – metta in risalto il contesto fattuale connotato dalla fluidità dell'evolversi della pandemia: contesto dal quale discende la ragionevolezza di affidare ad una fonte “maneggevole”, quale il D.P.C.M., la previsione di regole puntuali.

Ragionamento quest'ultimo che – nelle motivazioni della Sezione I – si rinsalda con un'ulteriore considerazione dal sapore fortemente materiale, ossia che una volta stabilizzatasi l'emergenza, il ricorso al D.P.C.M. è stato smorzato da un maggior impiego di prescrizioni dettate direttamente dai decreti-legge, benché lo strumento del D.P.C.M. non sia del tutto venuto meno⁴⁵. Invero, tale osservazione assume un carattere giuridico, giacché appare

⁴³ D.L. n. 19/2020, cit.

⁴⁴ Cons. di Stato, parere n. 735/2020, cit., § 8.1. Precisamente, la Sezione I osserva che «Il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, rimodulando in parte le misure già contemplate dai precedenti provvedimenti adottati in attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, ha disciplinato espressamente, negli artt. 2 e 3, in linea con il quadro costituzionale sopra richiamato, l'ambito della competenza per possibili interventi in sussidiarietà verticale (nel bilanciamento con i principi di adeguatezza e di proporzionalità) delle autonomie territoriali. L'art. 2 del decreto legge conferma la previsione che le misure di contenimento sono adottate con uno o più decreti del presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti i Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e gli altri competenti per materia».

⁴⁵ Come dimostra anche il recente decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, non ancora convertito in legge, in materia di certificazioni cd. “green pass”, per l'attuazione del quale il Ministero dell'Università e della Ricerca ha preannunciato

improntato al principio di ragionevolezza che la fase più acuta di un'emergenza del tutto atipica sia gestita da una fonte duttile, mentre si ritorni progressivamente all'usuale regolazione di pari passo allo scemare del pericolo.

Ciò che, invece, rileva per la corretta tenuta del sistema è che il potere normativo di rango secondario, qualora sia volto all'imposizione di restrizioni, debba necessariamente operare nei limiti definiti dalla legge: il Consiglio di Stato, nel merito, ha riscontrato la sussistenza di tale requisito, osservando come con l'art. 1 del D.L. n. 19/2020⁴⁶ «il Governo ha provveduto [...] a definire analiticamente, con adeguato livello di specificità, i casi, gli ambiti materiali, i presupposti e le condizioni, nonché i limiti e le modalità di esercizio del potere normativo di secondo livello costituito dai decreti del Presidente del consiglio dei ministri previsti dall'art. 2 del decreto legge, autorizzati espressamente e chiaramente dalla norma primaria a derogare diritti dei cittadini e delle imprese come quello di iniziativa economica privata»⁴⁷.

Verificata la legittimità costituzionale della scelta operata dai decreti-legge del 2020 e appurato il rispetto del principio di legalità – nonché di proporzionalità, ragionevolezza e precauzione⁴⁸ – ad opera dei decreti del Presidente del Consiglio limitativi del libero esercizio delle attività economiche in questione, la Sezione I ha proposto una definizione della natura giuridica dei D.P.C.M. medesimi. In dettaglio, il Collegio ha rinvenuto le basi di siffatta definizione prendendo quali termini di paragone, per un verso, il potere regolamentare dell'Esecutivo e, per un altro verso, i provvedimenti *extra ordinem* normati dalla legislazione vigente.

In tal senso, il Collegio ha, dapprima, riaffermato che il Governo – in virtù del decreto-legge n. 19/2020 e di quelli sopravvenuti nei mesi seguenti – ha adeguatamente collocato la sua scelta regolatoria nello schema logico-giuridico di cui agli artt. 77 e 95 Cost., nonché alla legge n. 400/1988⁴⁹. Vale a dirsi che l'Esecutivo ha esercitato il suo potere regolamentare, di attuazione ed esecuzione, di norme primarie «generali ed astratte, abbisognevole (di regola) di specificazioni attuative ed esecutive»⁵⁰.

Tanto sarebbe bastato per giungere alla conclusione che i D.P.C.M. regolatori del fenomeno pandemico non sono semplici atti amministrativi a carattere generale, bensì sono compartecipi della natura di fonte secondaria del diritto nella disponibilità dell'Esecutivo, osservazione questa – che per quanto condivisibile – pare andare nel senso opposto a

l'emanazione di un D.P.C.M. in materia di controlli operati nelle Università: cfr. anche la circolare del 31 agosto 2021 emanata dalla Ministra dell'Università e della Ricerca.

⁴⁶ Analoghe considerazioni sono state svolte dal Consiglio di Stato in merito al D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni in legge 27 novembre 2020, n. 159 (parere in commento, punto 6.10 del considerato).

⁴⁷ Parere in rassegna, punto 6.9 del considerato.

⁴⁸ *Idem*, punto 8.3.

⁴⁹ In particolare, di cui all'art. 17 della legge n. 400/1988, cit.

⁵⁰ Parere in commento, punto 6.11 del considerato.

quanto riportato nel menzionato comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale, nel quale si avverte come la Consulta abbia ragionato di «atti di natura amministrativa». Pur dovendo rinviare una compiuta disamina della questione al deposito delle motivazioni della pronuncia oggetto del comunicato, è doveroso stendere alcune considerazioni circa l'elaborazione fornita dalla Sezione consultiva, ricordando peraltro come la “provenienza amministrativa” non faccia venire di per sé meno la natura normativa, giacché come ha chiarito illustre dottrina⁵¹ anche le ordinanze possono avere natura normativa, fianco di regolamento.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha ritenuto opportuno meglio sondare il presupposto abilitante l'esercizio in concreto del potere regolatorio in parola, statuendo che «Al di là dei poteri di ordinanza contingibile e urgente, il Governo ha correttamente costruito una nuova impalcatura giuridica fondata sull'art. 77 della Costituzione, mediante la quale – attivando lo schema comune “legge generale-atti attuativi dell'esecutivo”, ha predefinito al livello normativo primario, con un sufficiente livello di analisi, gli ambiti, le condizioni e i limiti del potere di disciplina emergenziale, attribuendo al vertice politico-amministrativo dell'esecutivo medesimo la competenza ad adottare decreti aventi la duplice natura, del regolamento – sotto il profilo della relazione attuativa, di livello secondario, rispetto alla norma di legge – e delle ordinanze *extra ordinem* contingibili e urgenti – sotto il profilo della ragione giustificatrice del potere e quanto alla modalità della eccezionalità e temporaneità⁵². Ne derivano due conseguenze, una espressamente manifestata dal parere e un'altra che è possibile desumere in questa sede di analisi. La prima attiene alla circostanza per cui i D.P.C.M., pur assimilabili, per presupposti, alle ordinanze contingibili e urgenti, si discostano da quest'ultime poiché non sono liberi nei fini, bensì sono «inquadri nell'ordine della previa decretazione d'urgenza, ossia di una cornice di norma primaria che ne predetermina e ne circoscrive con sufficiente livello analitico gli spazi e i limiti applicativi⁵³».

⁵¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, Jovene, 1989, p. 56: nel trattare il potere normativo del Governo e delle pubbliche amministrazioni, Sandulli osserva che «il potere in questione si estrinseca attraverso *ordinanze normative*, le quali possono essere *regolamenti*, oppure *ordinanze in senso stretto*. [...] I regolamenti sono atti normativi per lo più composti da una serie articolata di disposizioni, le quali hanno solitamente carattere di generalità e strattezza [...]. A quest'ultima categoria appartengono i regolamenti emanati dal Governo e dalle autorità amministrative [...]. Le ordinanze in senso stretto a contenuto normativo (le quali, diversamente dai regolamenti, sono figure atipiche) non sono invece che una parte delle ordinanze in senso stretto. Queste ultime comprendono infatti tutti i provvedimenti (diversi dai regolamenti), che contengono ordini, tanto se gli ordini abbiano carattere normativo, quanto se non posseggano tale carattere. Solo nel primo caso esse possono essere considerate fonti del diritto». Di “ordinanze-regolamento” ha, più recentemente, scritto F. SATTI, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXII, Roma, 1990, p. 2. In senso contrario, in merito alla natura giuridica delle ordinanze si registra la posizione di G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Nov.mo dig. it.*, Vol. XII, Torino, 1965, pp. 89 ss.

⁵² *Idem*, punto 6.11 del considerato.

⁵³ *Idem*.

In tal senso, una voce illustre della dottrina⁵⁴ aveva evidenziato come il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti – in quel caso di protezione civile – fosse uno meccanismo atto a eludere la preferenza costituzionale per il decreto-legge, quale strumento di gestione dell'emergenza: nel caso della pandemia da Covid-19, invece, l'esecutivo ha dettato la disciplina sostanziale dell'emergenza con norma primaria, sottoposta a controllo parlamentare, predeterminando compiutamente degli atti attuativi.

La seconda conseguenza s'incentra sul dato formale, che – nonostante quanto riportato poco sopra – sembra emergere con forza dalla lettura del parere in esame. Si vuole intendere che la natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri in parola è, formalmente, quella di regolamento, mentre solo sul piano sostanziale essi sono in parte riconducibili alle ordinanze emergenziali, quanto ai presupposti che le legittimano. Né è riprova che la Sezione richiama, quale termine di paragone normativo, la legge n. 400/1988: ulteriore conferma deriverebbe dall'essere atti per i quali la fonte primaria non richiede motivazione, cosa all'opposto imprescindibile per le ordinanze di necessità e urgenza⁵⁵.

La qualificazione compiuta dal Consiglio di Stato nell'escludere che i D.P.C.M. siano ordinanze contingibili e urgenti è da ritenersi in qualche misura corretta, giacché simili ordinanze – a differenza di quelle “ordinarie” e degli “atti necessitati” – manifestano, per l'appunto, effetti *extra ordinem*, sono libere nel contenuto⁵⁶ e sono rimesse alla valutazione degli organi amministrativi al verificarsi, di volta in volta, dei presupposti di necessità ed urgenza.

⁵⁴ In questi termini, Giuseppe Ugo Rescigno, il quale ha messo in evidenza come il modello delle ordinanze di protezione civile (di cui all'allora vigente legge 24 febbraio 1992, n. 225) sarebbe un meccanismo ipoteticamente elusivo dell'art. 77 Cost, giacché il Governo, al ricorrere di un evento eccezionale, al posto di adottare un decreto-legge – strumento previsto dalla Carta costituzionale proprio per far fronte alle ipotesi di eccezionalità, urgenza e straordinarietà – si limiterebbe a dichiarare lo stato di emergenza e operare “per colpi” di ordinanza (G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1995, n. 3, pp. 2185 ss.): «Mi pare evidente allora che la l. n. 225, quale che sia il giudizio sull'opportunità e l'efficacia del meccanismo disegnato, è un modo per eludere l'art. 77 Cost. In questo modo si ottengono almeno quattro risultati sul piano giuridico-istituzionale, tutti elusivi rispetto alla Costituzione: a) il Consiglio dei Ministri si limita a dichiarare lo stato di emergenza, ma si libera (o viene «liberato») dalla necessità di decidere come tale emergenza va fronteggiata: questa parte viene demandata ad altra autorità e ad altri atti, tra i quali le ordinanze; b) la disciplina sostanziale per l'emergenza, venendo posta con ordinanze, e non con decreto-legge da convertire in legge, sfugge al controllo di costituzionalità (a cui sarebbe sottoposta se adottata con decreto-legge convertito), una volta stabilito, come ha detto e ribadito la Corte, che l'ordinanza di necessità e urgenza non ha forza di legge; c) il Parlamento, sul piano istituzionale, viene escluso dalla vicenda (esso può recuperare il suo ruolo, ma solo sul piano politico, mediante interrogazioni, mozioni e simili: è evidente dal punto di vista istituzionale la diversità rispetto al potere parlamentare in sede di conversione del decreto-legge); d) anche il Presidente della Repubblica, che non emana la dichiarazione di emergenza e meno che mai le ordinanze, è tagliato fuori dalla cosa».

⁵⁵ Cfr. G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da) e P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 320.

⁵⁶ Sul punto si veda, ad esempio, P.M. VIPIANA, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, pp. 262 ss.

Diversamente i D.P.C.M. in parola sono integralmente predeterminati⁵⁷ quanto ambito di applicazione dalla fonte primaria di cui costituiscono attuazione, di modo che le limitazioni da essi imposte sono, di fatto, riproduzione di scelte derogatorie operate a monte dagli stessi decreti-legge. In altri termini, i D.P.C.M. non sembrano porsi effettivamente in deroga alla legge, quanto piuttosto in attuazione della stessa, pur condividendo, sotto il profilo fattuale⁵⁸, con le ordinanze contingibili e urgenti taluni presupposti per l'adozione. Invero, anche qualora si volesse collocare i D.P.C.M. fra le ordinanze e non fra i regolamenti, si dovrebbe tenere nella dovuta considerazione che, stante la predeterminazione compiuta dalla decretazione d'urgenza⁵⁹, i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sarebbero meglio inquadrabili nelle "ordinanza di necessità" (o "atti necessitati")⁶⁰, piuttosto che in quelle contingibili e urgenti.

Peraltro, l'evidente incertezza della dottrina e della giurisprudenza nel dare una definitiva collocazione sistematica tanto alle ordinanze – che parte della scienza giuridica non esita a qualificare in determinate ipotesi quali regolamenti – quanto ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, rischia di intricare ancor più la matassa, perdendo il filo dell'analisi. Ad ogni buon conto, le considerazioni sopra esposte potrebbero essere vevoli a porre fine ad un intenso dibattito che si è svolto negli ultimi mesi in seno alla dottrina pubblicistica, la quale aveva esposto differenti tesi in merito alla natura giuridica del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri⁶¹. La soluzione approntata dal Consiglio di Stato è, ad avviso di scrive, da ritenersi corretta nella misura in cui, innanzitutto, consente di evitare che restrizioni – pur legittime, ma, ad ogni modo, gravose per i consociati – siano rimesse

⁵⁷ All'opposto, come ha avuto modo di osservare illustre dottrina, le ordinanze in deroga alla legge costituiscono una «vasta congerie di atti, la cui natura normativa o amministrativa è incerta, abilitati ad intervenire in situazioni impreviste ed imprevedibili di urgenza, predeterminate in modo del tutto generico, anche in deroga alla legge», in questi termini, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. XXXV, Padova, Cedam, 2004, p. 240. In senso analogo, F. SATTA, *op. cit.*, p. 2: la caratteristica delle ordinanze in parola «è di essere del tutto non predeterminate nel contenuto: le leggi che le prevedono si limitano ad individuare l'organo che le può emanare ed a porre il presupposto per l'esercizio del potere nella necessità ed urgenza di provvedere».

⁵⁸ Invero, l'eccezionalità non è presupposto delle sole ordinanze *extra ordinem*, potendosi riconoscere una simile ragione giustificatrice anche nello stesso decreto-legge. Sul punto, attenta dottrina ha osservato che le ordinanze contingibili ed urgenti, sarebbero atti di regola esclusi dalla potestà normativa del Governo che «in casi di necessità ed urgenza può avvalersi del decreto legge» (F. SATTA, *op. cit.*, p. 2). Circa la natura originaria o meno del potere normativo del Governo in sede di legislazione d'urgenza si rinvia all'attenta ricostruzione operata da G.F. CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, pp. 1 ss., il quale ad ogni modo osserva come, nell'ordinamento italiano, sia la Costituzione stessa, all'art 77, a riconoscere tale potere all'Esecutivo.

⁵⁹ Sono pertanto i decreti-legge ad essere privi di predeterminazione (cfr. G.F. CIAURRO, *op. cit.*, p. 3) e non i D.P.C.M.

⁶⁰ Sulle ordinanze di necessità, *ex multis*, P.M. VPIANA, *op. cit.*, p. 263. Tali ordinanze sono atti che «hanno come presupposto la necessità, ma non l'urgenza: consistono in atti tipici ed ordinari, che possono essere adottati solo in situazioni eccezionali, nel senso che il legislatore ne ha predeterminato il presupposto della necessità, la materia in cui intervenire (ossia gli eventi straordinari), il fine da perseguire ed anche il contenuto [...]». Cfr. F. SATTA, *op. cit.*, p. 2., e, in precedenza M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, Vol. II, p. 268, il quale ripota come i provvedimenti amministrativi necessitati «sono dei provvedimenti amministrativi, rispondenti quindi al principio di legalità, aventi come presupposto l'urgente necessità, e pertanto con dei procedimenti abbreviati».

⁶¹ Vedi per la dottrina menzionata, *supra*, nota 9: tesi che sono succintamente richiamate da A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.?*, cit.

a semplici provvedimenti amministrativi; in secondo luogo, poiché tale interpretazione permette di collocare in modo chiaro il D.P.C.M. entro i poteri regolamentari dell'Esecutivo nel rispetto delle sistema delle fonti del diritto; infine, poiché, come già accennato, assicura che sia adducibile una chiara responsabilità politica per le scelte assunte, ancorché esse siano in larga misura il trasposto di suggerimenti provenienti da organi consultivi, quali il noto "Comitato tecnico scientifico"⁶².

5. Considerazioni di carattere conclusivo

Ad un esame complessivo, è da ritenersi che il parere oggetto di questo commento abbia saputo cogliere le sfumature profonde – sia in relazione alle circostanze di fatto, sia in merito alle ragioni giuridiche – che hanno sospinto l'Esecutivo verso l'edificazione di un sistema di regole specificamente volte al superamento del fenomeno pandemico.

In questo senso, il Consiglio di Stato si colloca correttamente nel solco tracciato dal precedente parere n. 735/2020 e dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 37/2021, andando tuttavia ad ampliare le considerazioni svolte dai suddetti precedenti e a meglio definire quegli aspetti inerenti alla conformazione giuridica del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che si è avuto modo di esporre e di argomentare nelle pagine precedenti. Analogamente, la Sezione consultiva ha saputo percepire l'eccezionalità dell'emergenza in corso dal 2020⁶³ nel suo andamento dinamico, avvedendosi che nessuna lesione al principio di proporzionalità può scaturire dall'uso del tutto particolare del D.P.C.M., in ragione del fatto che – come si è già avuto modo di notare – una volta trascorsi i mesi più drammatici della pandemia, l'Esecutivo ha provveduto a dettare la maggior parte della disciplina direttamente a mezzo della decretazione d'urgenza.

Quest'ultima considerazione – unitamente alle altre sopra prese in esame e di carattere più marcatamente formale – ha garantito che il sistema italiano delle fonti del diritto fosse rispettato: non esistendo un *numerus clausus* per le fonti secondarie, nulla vieta che una qualsiasi fonte primaria, al mancato ricorrere della riserva assoluta di legge, possa istituire nuove tipologie di regolamento.

Chi scrive concorda, pertanto, con la ricostruzione operata dal Consiglio di Stato, condividendo appieno, altresì, il rilievo in virtù del quale l'opzione per una fonte secondaria piuttosto che per un'altra sia, nel rispetto della Carta costituzionale, essenzialmente una scelta discrezionale – vale a dirsi politica – del legislatore nelle sue diverse vesti, parlamentare,

⁶² Comitato tecnico scientifico, istituito presso il Ministero della Salute, con lo scopo di coadiuvare l'Esecutivo e la pubblica amministrazione nel superamento della pandemia (cfr. <https://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5432&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto>).

⁶³ Lo stato di emergenza è stato deliberato dal Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020 ai sensi del D.Lgs. n. 1/2018. Il testo completo della delibera è reperibile al sito www.osservatoriosullefonti.it.

delegato o d'urgenza. Simile discrezionalità si presta per il vero a talune considerazioni di opportunità e di adeguatezza in ordine al *corpus* normativo vigente: in altri termini, a monte, vi è da chiedersi se la scelta di abdicare da una gestione della pandemia tramite gli strumenti dalla legislazione speciale in materia sia opportuna e, a valle, se appurato che tale scelta sia effettivamente praticabile, vi è da domandarsi se la stessa legislazione speciale sia incompleta, giacché non considerata valevole proprio in un caso di estremo pericolo per la salute pubblica.

Circa il primo quesito, nei fatti, è stata la medesima Sezione I a spiegarci che la lotta al COVID-19 ha tali e tante peculiarità da far ritenere legittimo, proporzionale e ragionevole che il Governo, nell'esercizio delle sue funzioni di "massima" autorità nazionale, predisponga strumenti normativi *ad hoc*. Rimane, ad ogni buon conto, sullo sfondo che l'eccezionalità, la peculiarità, l'urgenza e altri presupposti analoghi non hanno visto il solo rinforzarsi di uno strumento molto amato dall'Esecutivo – negli ultimi anni, infatti, il D.P.C.M. è comparso quale soluzione normativa anche in altre materie, dal dibattito pubblico⁶⁴, alle concessioni balneari⁶⁵ –, ma ha anche posto nel nulla interi meccanismi che erano stati pensati proprio per la gestione di accadimenti emergenziali anche di portata nazionale: in particolare, quello della protezione civile, frutto di una riforma che ha visto la luce pochi anni addietro, nel 2018, e che ha avrebbe dovuto introdurre un nuovo modo, anche partecipato, di affrontare le emergenze.

Quanto scritto conduce, dunque, al secondo dei quesiti che sono stati esposti: la pandemia da COVID-19 ha dimostrato che il nostro recente modello di protezione civile⁶⁶ – almeno per quanto concerne le fonti impiegate, ma non solo⁶⁷ – non è adatto per emergenze eccessivamente diffuse, ovvero quella d'impiegare il D.P.C.M. è una non particolarmente felice scelta governativa, che s'inquadra in un più ampio contesto di scelte normative asistematiche?

⁶⁴ Art. 22 del D.Lgs. 24 aprile 2016, n. 50, in materia di "Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico", attuato con D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76. Cfr., *ex multis*, N. POSTERARO, *Grandi opere e partecipazione democratica: alcune riflessioni sul dibattito pubblico italiano "à la française"*, in *Istituzioni del federalismo*, 2021, n. 3, pp. 607 ss., G. MANFREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome Nimby*, in *Urb. e app.*, 2018, n. 5, pp. 604 ss. e U. ALLEGRETTI, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *www.rivistaaic.it*, 2018, n. 3.

⁶⁵ Legge 30 dicembre 2018, n. 145, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021", il cui articolo unico, commi 675 ss., rinviano ad un D.P.C.M. per la riforma delle concessioni demaniali marittime a uso turistico e ricreativo: sul punto, sia consentito il richiamo a M. TIMO, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁶⁶ Si vedano, in merito, le considerazioni di P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in questa *Rivista*, 2021, n. 1, pp. 37 ss.

⁶⁷ Si pensi al fatto che per una pronta gestione della campagna vaccinale si è dovuti ricorrere ad un esperto delle forze armate, nominato "per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19" non in forza del codice della protezione civile, bensì sulla scorta di una disposizione speciale recata da uno dei decreti-legge emanati nel corso della pandemia (art. 122 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27).

Probabilmente, anche questo secondo interrogativo trova risposta allorché si “legga fra le righe” del parere, poiché il diffondersi della patologia è stato così celere, in assenza di cure note e in un contesto internazionale in tale misura frammentato, che una risposta pronta ha richiesto una presa di posizione diretta dell'Esecutivo.

Ciò assodato, rimane il dato che, in un mondo fortemente interconnesso, il rischio di pandemie non sia improbabile e che un modello di protezione civile debba mirare proprio a farsi carico della prevenzione e della gestione di eventi eccezionali. In conclusione, non sembra scorretto affermare che un legislatore avveduto, qualora ritenga che i meccanismi previsti dal D.Lgs. n. 1/2018 per il superamento delle emergenze di livello nazionale non sia adeguato ad eventi del genere, dovrebbe trarre dall'esperienza in corso i dovuti insegnamenti per promuovere una riforma, anche nel senso, eventualmente, di codificare, legittimandolo, il ricorso agli strumenti adoperati nel 2020 e nel 2021: dalla lettura del parere sembra emergere un suggerimento ad evitare complicazioni normative – quali il ricorso al decreto-legge in veste di formale legittimazione di ogni D.P.C.M., lasciando che la legislazione d'urgenza possa concentrarsi sugli aspetti contenutistici –, in modo tale da smorzare eventuali, ma prevedibili, contestazioni.

Effetti della pandemia e diritto civile alla luce della più recente giurisprudenza: eterogenesi dei fini?*

Ludovica Costigliolo**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: la legislazione “emergenziale” in generale. – 2. La sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l’abitazione principale del debitore. – 3. Le ordinanze di rimessione. – 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 128 del 2021. – 5. Effetti della pronuncia sulla ripresa dei procedimenti sospesi. – 6. La disciplina relativa al cd. “blocco sfratti” e le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale. – 7. Le disposizioni di natura strettamente sostanziale. – 8. Conclusioni. La normativa emergenziale tra tutela della salute ed equilibrio contrattuale: eterogenesi dei fini?

ABSTRACT:

Il presente contributo propone una disamina dei principali interventi adottati dal legislatore italiano per contenere gli effetti della pandemia da Covid-19, con particolare riferimento agli artt. 54-ter e 103, c. 6 del d.l. 18 del 2020, relativi alla sospensione delle procedure esecutive e degli ordini di liberazione conseguenti alla convalida degli sfratti. Le reiterate proroghe di dette disposizioni sono state oggetto di due recenti pronunce della Corte costituzionale, che ha dichiarato, da un lato, l’illegittimità costituzionale della seconda proroga delle sospensioni di cui al menzionato art. 54-ter per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. ed è pervenuta, per contro, alla declaratoria di infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate in merito alla seconda proroga del cd. blocco sfratti, sancendone tuttavia il carattere eccezionale e l’impossibilità di ulteriore estensione, avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità. Al riguardo il contributo evidenzia che entrambe le norme richiamate, pur avendo natura dichiaratamente processuale, finiscono, in realtà, per incidere sugli interessi sostanziali determinati dai rapporti contrattuali, tutelando in maniera incondizionata una determinata categoria di soggetti a discapito di altri, in maniera tale, forse, da eccedere la contingenza dettata dall’emergenza pandemica.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottoressa in Giurisprudenza, diplomata presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell’Università di Genova.

The essay analyses the main interventions adopted by the Italian legislator to contain the impact of the Covid-19 pandemic, with particular reference to articles 54-ter and 103, par. 6 of the d.l. 18/2020, relating to the suspension of executive procedures and release orders following the eviction. The repeated renewals of these provisions have been the subject of two recent Constitutional Court's rulings. These declared, on the one hand, the constitutional illegitimacy of the second extension of the suspensions referred to the aforementioned art. 54-ter for the violation of art. 3 and 24 of the Constitution and, on the other hand, the groundlessness of the issues raised in connection to the second extension of the so-called "evictions' block". Specifically, the Constitutional Court sanctioned the exceptional nature of this exception and the impossibility of recurring to additional ones, since the compression of property right has already reached its maximum tolerability limit. The essay highlights how, despite having an openly procedural nature, both of the aforementioned provisions affect the substantial interests determined by contractual relationships, thereby unconditionally protecting a certain category of individuals to the detriment of others, in a way that exceeds the contingency dictated by the pandemic-related emergency situation.

1. Considerazioni introduttive: la legislazione "emergenziale" in generale

Nel corso del biennio 2020/2021 il legislatore italiano ha cercato di perseguire l'obiettivo di contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e di contenerne gli effetti, adottando anche talune misure in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare. Gli interventi in questione si muovono in tre distinte direzioni.

Un primo gruppo di disposizioni, di carattere strettamente processuale, può ritenersi direttamente collegato alla necessità di tutelare la salute pubblica in via d'urgenza, limitando la diffusione del contagio. Si tratta, a ben vedere, del mero riflesso processuale delle misure che, in via più generale, imponevano le ben note restrizioni alla libertà di movimento. Infatti, al fine di evitare occasioni di incontro fra le persone, venne previsto, fin dall'inizio dell'emergenza sanitaria, il rinvio delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, nonché la sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto processuale (art. 83 del d.l. 18 del 2020). In questo stesso senso, con l'art. 221 del d.l. 34 del 2020, venne altresì riconosciuta la possibilità di svolgere le udienze in forma cartolare o in modalità telematica. Mediante un secondo tipo di misure emergenziali, il legislatore ha perseguito non tanto la finalità di tutela della salute pubblica, quanto, piuttosto, quella di contenere gli effetti pregiudizievoli della pandemia sul piano economico e sociale, soprattutto a difesa delle categorie astrattamente considerate più deboli. In tale ottica, il legislatore è intervenuto sull'equilibrio processuale (e talvolta anche contrattuale), accordando una tutela privilegiata alla sola parte debitrice.

Le misure annoverabili in questo secondo insieme sono essenzialmente due. Si tratta, più precisamente, della sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore esecutato di cui all'articolo 54-ter del d.l. 18 del 2020 e della sospensione degli ordini di liberazione ai sensi dell'articolo 103, c. 6 del medesimo decreto, oggetto ambedue di plurime proroghe.

La terza categoria di misure ha, invece, natura sostanziale, trattandosi di disposizioni intervenute direttamente sulla disciplina dei rapporti contrattuali e, in particolare, in relazione al profilo dell'adempimento delle obbligazioni, prevedendo, in linea generale, moratorie di pagamento dei debiti scaduti per i debitori che si siano trovati in crisi di liquidità a causa delle misure di contenimento della pandemia. Al di là di tali disposizioni si sono registrati unicamente interventi settoriali, sicché ampio è stato lo spazio lasciato a soluzioni interpretative, volte a riequilibrare i rapporti contrattuali stravolti dal Covid.

In questo quadro normativo, il presente contributo si pone l'obiettivo di verificare, attraverso la rilettura dei principali interventi legislativi e l'analisi delle possibili soluzioni interpretative, se la volontà del legislatore, rispetto a ciascuno di essi, sia stata esclusivamente quella di fronteggiare esigenze transitorie legate alla sola tutela della salute, ovvero anche quella, ulteriore, di offrire una difesa rafforzata degli interessi di determinate categorie di soggetti.

Sotto questo profilo assume grande rilievo la recente pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità della seconda proroga delle sospensioni di cui all'art. 54-ter del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 sulla base della considerazione secondo cui il bilanciamento di interessi sotteso alla temporanea sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore è divenuto, nel tempo, irragionevole e sproporzionato, finendo per risolversi in mere logiche assistenzialistiche.

2. La sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore

Come anticipato, con la sentenza n. 128 del 22 giugno 2021¹ la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 13, comma 14, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183², con cui era stata prorogata, fino al 30 giugno 2021, la sospensione di ogni attività nei processi esecutivi aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore esecutato, originariamente disposta dall'art. 54-ter del d.l. 17 marzo 2020 n. 18³.

La disposizione da ultimo citata, rubricata "*Sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa*", stabiliva che "*al fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in tutto il territorio nazionale è sospesa, per la durata di sei mesi*

¹ Corte costituzionale, 22/06/2021, n. 128 in *Dir. e Giust.*, 23 giugno 2021.

² Articolo convertito, con modificazioni, nella L. 26 febbraio 2021, n. 21.

³ Articolo introdotto dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. decreto Cura Italia) convertito, con modificazioni, dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, modificato dagli articoli 4, c. 1 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (cd. decreto Ristori) e 13, c. 14 del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183 (cd. decreto milleproroghe), che ne hanno esteso il termine di efficacia dapprima al 31 dicembre 2020 e poi al 20 giugno 2021. L'art. 4 del Decreto Ristori aveva peraltro affiancato alla sospensione di cui all'art. 54-ter l'inefficacia di ogni procedura esecutiva avente ad oggetto l'abitazione principale del debitore, limitandola alla fase temporale intercorrente fra il 25 ottobre 2020 e il 25 dicembre 2020.

a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto (prorogata dapprima fino al 31 dicembre 2020 e poi fino al 30 giugno 2021), ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, di cui all'articolo 555 del codice di procedura civile, che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore".

Fin dalla sua introduzione, la norma in questione aveva sollevato una pluralità di dubbi interpretativi⁴.

In primo luogo, e sul piano dogmatico, si sottolineava come il Codice di procedura civile fosse privo di una procedura “*per*” il pignoramento immobiliare, dal momento che il pignoramento costituisce piuttosto il primo atto dell'esecuzione forzata (artt. 491 e 555 c.p.c.), sicché non esiste alcuna procedura ad esso prodromica, a differenza di quanto parrebbe lasciar intendere, da un punto di vista letterale, la norma di cui trattasi⁵. Da tale considerazione discendeva anche che la mancanza di procedure che potessero essere definite tecnicamente “pendenti” (e dunque soggette a possibile sospensione) prima della notifica del pignoramento aveva portato a negare la fondatezza della tesi secondo cui l'art. 54-ter avrebbe escluso la pignorabilità, con conseguente irricevibilità di richieste di notifica degli atti di pignoramento da parte dell'U.N.E.P.⁶

In secondo luogo, risultò fin da subito particolarmente controversa l'individuazione della *ratio legis*.

Sul punto, appare meritevole di essere sottolineata l'insolita peculiarità di una disposizione che individua essa stessa la propria *ratio*. Al riguardo, la formulazione adottata dal legislatore risulta genericamente rivolta all'esigenza di “*contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*” e, dunque, necessita di opportuni chiarimenti.

Anzitutto, come affermato da autorevole dottrina⁷ e come sottolineato dalle ordinanze di rimessione, che verranno prese in considerazione nel prossimo paragrafo, lo scopo della norma non può rinvenirsi nell'intenzione di ridurre il pericolo di diffusione del contagio e nell'esigenza di tutela della salute pubblica: il processo esecutivo non sembra infatti essere, di per sé, causa di diffusione del virus.

⁴ In senso critico in relazione alla mancanza di tecnicità del dato normativo, R. METAFORA, *È incostituzionale la seconda proroga della sospensione delle espropriazioni aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore*, in *Ilprocessocivile.it*, 28 giugno 2021; P. VOLTAGGIO, *Declaratoria di incostituzionalità della proroga della sospensione ex art. 54-ter. Circolari e riassunzione dei processi sospesi*, in *IneXecutivis*, 1° luglio 2021.

⁵ G. FANTICINI, S. SAJA, *Giustizia civile ed emergenza coronavirus – la sospensione dell'espropriazione forzata della prima casa*, in *Giur. it.*, 2020, nn. 8-9, p. 2069.

⁶ La possibilità di vincolare l'abitazione principale del debitore a fini espropriativi si fonda anche sulla diversa formulazione letterale adottata dal legislatore negli artt. 51 e 168 l. fall. che escludono espressamente la possibilità di “*iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*” sul patrimonio del debitore dal giorno della dichiarazione di fallimento o dalla data della pubblicazione del ricorso per concordato preventivo nel registro delle imprese, nonché nell'art. 76, c. 1 lett. a D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, secondo cui l'agente della riscossione “*non dà corso all'espropriazione*” se si tratta dell'unico immobile di proprietà del debitore, con esclusione delle abitazioni di lusso.

⁷ G. FANTICINI, S. SAJA, *op. cit.*, pp. 2069-2070.

Invero, deve ritenersi che l'attività processuale ben potrebbe proseguire, in ambito civile, attraverso l'adozione di adeguati dispositivi di protezione ovvero celebrando le udienze da remoto o mediante trattazione scritta, come, del resto, avvenuto per la generalità dei processi pendenti. Come precisato nel paragrafo introduttivo, infatti, solo le disposizioni che hanno sospeso i termini processuali e hanno consentito lo svolgimento alternativo delle udienze possono essere considerate come direttamente rivolte alla tutela della salute. Peraltro, se la finalità della norma fosse stata effettivamente quella di limitare il rischio di contagio derivante dal processo esecutivo, è ovvio che la sospensione avrebbe dovuto riguardare tutte le procedure esecutive, indipendentemente dal loro oggetto, e non limitarsi, invece, a quelle afferenti all'abitazione principale del debitore, essendo medesimo il rischio. La *ratio* non può nemmeno essere ravvisata nell'esigenza di tutelare la parte colpita dalla crisi economica derivante dalla pandemia, in quanto le procedure sospese riguardano debitori risultati inadempienti ben prima di tale momento⁸.

Lo scopo della disposizione andrebbe dunque individuato nella necessità di contenere le ripercussioni economiche negative derivanti dall'adozione di altre misure finalizzate a prevenire la diffusione del virus, quali, ad esempio, la chiusura di talune attività produttive⁹. L'intento, in altri termini, sarebbe allora quello di concedere al debitore un lasso di tempo, una "boccata d'ossigeno"¹⁰ come è stata definita, per evitare di vedersi privato del bene essenziale costituito dalla propria abitazione¹¹.

In senso contrario vi è chi ritiene che la *ratio* non possa essere neppure quella da ultimo individuata, dal momento che la norma prescinde dall'accertamento della disponibilità di ulteriori abitazioni (oltre a quella principale) da parte dell'esecutato¹².

Secondo tale indirizzo interpretativo la tutela delle esigenze abitative dell'esecutato potrebbe, peraltro, essere assicurata da altre norme emergenziali, e precipuamente dagli artt. 103 c. 6 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, modificato dall'art. 13, c. 13 del d.l. 31 dicembre 2020, che limita la possibilità di procedere al rilascio coattivo dell'immobile, disponendo la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, sino al 30 giugno 2021, "*limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze e ai provvedimenti di rilascio conseguenti all'adozione, ai sensi dell'articolo 586, secondo comma, del codice di procedura civile, del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari*".

⁸ In questo senso si veda l'Ordinanza di rimessione del Tribunale di Rovigo su [inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it) e, in dottrina, S. CAMPIDELLI, G. DI MARCO in *Il quotidiano giuridico*, al link <http://www.quotidianogiuridico.it/documents/2021/07/09/il-punto-sul-blocco-degli-sfratti-e-sospensione-dei-processi-esecutivi-su-abitazioni-principali>.

⁹ G. FANTICINI, S. SAIJA, *op. cit.*, p. 2069.

¹⁰ S. LEUZZI, R. ROSSI, *Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-Covid*, in *IlCaso.it*, 2020, p. 2.

¹¹ G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAIJA, *L'art. 54-ter del n. 18/2020 nel sistema dell'esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2020, n. 3, p. 794.

¹² In questo senso si veda l'Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, *infra* par. 3.

La disposizione non sarebbe dunque, in alcun modo, posta a presidio di interessi collettivi o individuali di rango primario, ma sarebbe volta a tutelare, in ogni caso, il patrimonio del debitore, piegandosi a mere logiche assistenzialistiche, senza consentire al giudice né di distinguere fra i pignoramenti verificatisi anteriormente o successivamente alla dichiarazione dello stato di emergenza, né di valutare comparativamente le condizioni economiche del creditore e del debitore.

In terzo luogo, si sono registrate incertezze in relazione al perimetro applicativo della previsione in esame.

Da un punto di vista oggettivo la tesi prevalente riteneva che la sospensione disposta dal 54-ter inibisse solo il compimento degli atti liquidatori in senso stretto, senza incidere né sulle attività propedeutiche agli stessi – poiché queste ultime non realizzano alcun effetto espropriativo per il debitore – né tantomeno sulla fase distributiva.

La sospensione avrebbe quindi prodotto i suoi effetti solo sul provvedimento che autorizzava la vendita e sugli ulteriori adempimenti antecedenti all'aggiudicazione del bene, mentre non avrebbe avuto alcuna rilevanza qualora fosse già stata conclusa la fase liquidatoria (con l'emissione del decreto di trasferimento) ed avviata quella distributiva, poiché, in tal caso, non sarebbe residua alcuna possibilità per il debitore di mantenere l'immobile, essendosi già prodotto l'effetto traslativo in favore del terzo aggiudicatario¹³.

Rilevanti perplessità si registravano altresì in relazione all'applicabilità dell'art. 54-ter alle procedure esecutive nelle quali non fosse stato ancora emesso il decreto di trasferimento, ma ove fosse già stata pronunciata l'aggiudicazione al momento dell'entrata in vigore della disposizione.

Sul punto si registravano due contrapposti orientamenti.

Da un lato vi era chi riteneva che l'emissione dell'atto traslativo avrebbe dovuto essere rinviata a una data successiva al 30 ottobre 2020, ossia alla scadenza del primo semestre successivo all'entrata in vigore della disposizione¹⁴.

Dall'altro vi era invece chi sosteneva l'estraneità della sospensione *de quo* a tale ipotesi, in ragione della circostanza che l'aggiudicazione, insensibile addirittura all'estinzione o alla chiusura anticipata del processo (art. 187 disp. att.), avrebbe dovuto esserlo, *a fortiori*, rispetto a una sospensione.

A sostegno di quest'ultima impostazione veniva richiamata anche una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2012¹⁵ che, riconoscendo come l'intenzione del legislatore sia quella di garantire il più possibile la stabilità dell'acquisto conseguito dal

¹³ G. FANTICINI, S. LEUZZI – R. ROSSI, S. SAIJA, *op. cit.*, p. 815, ritengono che in seguito alla vendita del bene pignorato non sussista più, quale oggetto del procedimento esecutivo, alcun immobile adibito ad abitazione principale del debitore, ma una somma di denaro. In senso analogo D. RABITO, *Art. 54-ter D.L. n. 18/2020: sospensione dell'ordine di liberazione dell'immobile pignorato*, in *diritto.it.*, 29 giugno 2020.

¹⁴ A.M. SOLDI, *La sospensione delle espropriazioni immobiliari al tempo del coronavirus*, in *Judicium.it*, 2020.

¹⁵ Cassazione civile, Sezioni Unite, 28/11/2012, n. 21110, in *Foro it.*, 2013, 4, I, 1224.

terzo nell'ambito del processo esecutivo, ha ritenuto prevalente la tutela dell'affidamento dell'aggiudicatario in buona fede sulla stabilità dell'acquisto rispetto all'interesse del debitore assoggettato ingiustamente a una procedura esecutiva (perché ad esempio promossa in difetto di titolo idoneo) a mantenere la titolarità del bene.

Quest'ultima impostazione, per quanto condivisibile, è stata, tuttavia, superata dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha affermato che *“la sospensione investe tutti gli atti della procedura e quindi anche l'emanazione del decreto di trasferimento del bene espropriato contenente l'ordine di rilascio ai sensi dell'art. 586 c.p.c.”*¹⁶.

Da un punto di vista soggettivo, invece, la norma va circoscritta all'ipotesi in cui l'immobile pignorato costituisca l'abitazione principale del debitore o del terzo proprietario – al quale, ai sensi dell'art. 604 c. 1 c.p.c., sono attribuite le medesime facoltà del debitore – ma non anche di altri soggetti¹⁷. Il terzo occupante senza titolo opponibile alla procedura non potrebbe, infatti, beneficiare, secondo la tesi prevalente, della sospensione disposta dall'art. 54-ter¹⁸.

Quanto al presupposto per la sua applicazione, non deve trattarsi come previsto dalla rubrica dello stesso articolo, della “prima casa” del debitore, ma per l'appunto della sua “abitazione principale”. Si tratta di una nozione estranea al diritto civile o processualcivile, ma propria della normativa fiscale¹⁹. Essa coincide con il luogo in cui il contribuente (*rectius* il debitore) dimora abitualmente e in cui risiede (art. 43, c.2 c.c.). Tale caratteristica, non potendo la sospensione operare automaticamente²⁰, avrebbe dovuto essere oggetto di un preliminare accertamento da parte del giudice, fondato anche sulla mera presunzione derivante dalla allegazione del certificato di residenza anagrafica.

La natura di abitazione principale deve poi sussistere sin dal momento del pignoramento²¹ e deve perdurare fino all'entrata in vigore dell'art. 54-ter, dovendosi escludere che si produca l'effetto sospensivo qualora intervenga uno spostamento di residenza nelle more di tale intervallo di tempo²².

¹⁶ In dottrina, in tal senso, D. RABITO, *op. cit.*

¹⁷ In senso contrario, C. D'ARRIGO, *Giustizia civile ed emergenza coronavirus – moratoria dei pagamenti e sospensione dei titoli esecutivi nella normativa anti-covid*, in *Giur. it.*, 2020, nn. 8-9, p. 2044 secondo cui *“per la definizione della nozione di “abitazione principale” occorre far riferimento – ricordano gli atti preparatori – alla definizione offerta dall'art. 10, comma 3-bis, D.P.R. n. 917/1986, quindi si deve intendere l'abitazione nella quale la persona fisica, che la possiede a titolo di proprietà o altro diritto reale, o i suoi familiari dimorano abitualmente”*.

¹⁸ In questo senso G. FANTICINI – S. SAIJA, *op. cit.*, p. 2073; G.O. RAPISARDA, *L'impatto del decreto “milleproroghe” (D.L. n. 183 del 31.12.2020) sulle procedure esecutive immobiliari*, in *IneXecutivis*, 27 gennaio 2021; G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAIJA, *op. cit.*, p. 804.

¹⁹ Si tratta, più precisamente, degli art. 10, c. 3 bis e 15, c.1 lett. b del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 nonché dell'abrogato art. 13, c. 2 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 e nell'art. 1, c. 741 lett. b della legge 28 dicembre 2019, n. 160.

²⁰ G. FANTICINI, S. SAIJA, *op. cit.*, p. 2075, P. VOLTAGGIO, *op. cit.*

²¹ G.O. RAPISARDA, *op. cit.*, G. FANTICINI, S. SAIJA, *op. cit.*, p. 2072. In senso contrario A. CRIVELLI, *Legislazione emergenziale e processo esecutivo*, in *Riv. esec. forz.*, 2020, n. 2, pp. 530 ss. il quale ritiene che la destinazione ad “abitazione principale” possa essere impressa dal debitore anche in epoca successiva rispetto al pignoramento, purché prima dell'entrata in vigore dell'art. 54-ter.

²² G. FANTICINI, S. SAIJA, *op. cit.*, p. 2072.; A. CRIVELLI, *op. cit.*, p. 546, per i quali tale condizione deve permanere per tutto il periodo in cui vige la sospensione: il suo venir meno comporta infatti l'automatica caducazione della sospensione.

Anche in merito all'individuazione del presupposto di applicabilità, la disposizione aveva suscitato notevoli perplessità: la sospensione è infatti condizionata al mero accertamento della sussistenza della circostanza di fatto sopra richiamata, diversamente da quanto accade in tutti gli altri casi di sospensione *ex lege*²³ (artt. 483, 495, 496, 549, 601 c.p.c.) che sono invece collegati a un preciso atto o evento del processo²⁴.

3. Le ordinanze di rimessione

Il tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto e il Tribunale di Rovigo con due distinte ordinanze, rispettivamente del 13 gennaio 2021 e del 18 gennaio 2021, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54-ter del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e successive modificazioni.

Come affermato dalla Corte costituzionale *“le questioni sollevate dalle due ordinanze di rimessione in massima parte si sovrappongono sia per le disposizioni censurate, sia per i parametri evocati”*.

Nel caso esaminato dal Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, dovendo procedersi alla rinnovazione della delega, ormai scaduta, per la prosecuzione delle operazioni di vendita dell'appartamento pignorato²⁵, il G.E. constatava che l'immobile costituiva l'abitazione principale della debitrice, sicché il rinnovo della delega non avrebbe potuto essere disposto prima del 30 giugno 2021, assumendo infatti rilievo la sospensione prevista dalle proroghe. Analogamente, nella procedura pendente avanti il Tribunale di Rovigo, il creditore aveva chiesto l'autorizzazione alla vendita del cespite pignorato (nel 2019), il quale costituiva, tuttavia, anch'esso l'abitazione principale del debitore con conseguente impossibilità per il G.E. di autorizzare le operazioni di vendita prima del 30 giugno 2021.

I giudici rimettenti dubitano della legittimità costituzionale della disposizione in esame, sostenendo che si tratti, in linea generale, di una sospensione pregiudizievole per i creditori, che si pone in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale e con il principio della ragionevole durata del processo e che produce altresì effetti pregiudizievoli sul mercato del credito.

Più precisamente, il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto ha indicato come parametri costituzionali rilevanti gli artt. 3 c. 2, 24 c. 1, 47, c. 2, 111, c.2 e 117 c.1 Cost.

²³ A. CRIVELLI, *op. cit.*, p. 543; G.O. RAPISARDA, *op. cit.*, che afferma come si tratti di una sospensione disposta direttamente dalla legge, sussumibile all'interno dell'art. 623 c.p.c., che opera automaticamente a prescindere da un espresso provvedimento del G.E., il quale, al più, può prenderne atto mediante un decreto avente natura dichiarativa, con la conseguenza che non sarà possibile proporre reclamo ai sensi dell'art. 624 c.p.c., essendo questo limitato ai soli provvedimenti di sospensione pronunciati dal G.E., ma occorrerà promuovere un'opposizione agli atti esecutivi.

²⁴ P. VOLTAGGIO, *op. cit.*

²⁵ Si trattava dunque, come evidenziato dall'ordinanza di rimessione, di un atto con cui il G.E. avrebbe disposto la prosecuzione delle attività di liquidazione in senso stretto.

Su alcuni di essi e in particolare sugli artt. 3, 47, 111, 117 Cost. si fonda anche la rimessione del Tribunale di Rovigo, che richiama ulteriormente gli art. 41 e 42, c.3 della Carta costituzionale.

Come anticipato, le argomentazioni dei giudici rimettenti, per molti profili, si sovrappongono e possono essere riassunte nei termini che seguono.

L'art. 54-ter, nella prospettiva delle ordinanze, si pone anzitutto in conflitto con il diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost), in quanto comprime, senza alcuna ragione giustificatrice, il diritto del creditore di soddisfarsi in sede esecutiva. Tale disposizione limita il diritto del creditore costituzionalmente tutelato di agire giudizialmente, ma tale sacrificio non dipende dalla necessità di tutelare un bene giuridico avente il medesimo rango costituzionale. Da un lato non si determina infatti alcun vantaggio per la salute individuale o collettiva, tutelata dall'art. 32 Cost., dall'altro non può riconoscersi, secondo i rimettenti, un diritto costituzionale all'abitazione del debitore, posto che l'art. 47 Cost. prevede meramente la tutela del risparmio e il dovere dello Stato di creare pari condizioni di accesso al credito per conseguire la proprietà dell'abitazione.

La circostanza secondo cui il diritto alla tutela giurisdizionale comprende anche la fase dell'esecuzione forzata²⁶, complementare rispetto alla cognizione²⁷, è confermata anche dalla Corte di Cassazione. La fase esecutiva costituisce infatti *“un ineludibile complemento della tutela di ogni diritto, costituendo uno strumento di effettività del sistema giuridico e così dello stesso Stato democratico moderno l'unico che può, se efficiente, garantire i diritti di tutti, senza che più contino classe sociale, razza o ricchezza”*²⁸.

In questo senso si è espressa anche la Corte EDU a partire dalla nota sentenza 19/03/1997, *Hornsby c/ Grecia*²⁹, secondo cui *“l'esecuzione di una decisione o di una sentenza, di qua-*

²⁶ In questo senso Corte costituzionale, 10/06/2010, n. 198, in *Giur. cost.*, 2010, n. 3, p. 2349 secondo cui *“Considerando il bilanciamento fra i due interessi alla luce del principio secondo cui la garanzia della tutela giurisdizionale posta dall'articolo 24, primo comma, Cost. comprende anche la fase dell'esecuzione forzata, la quale è diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento giurisdizionale (...)”*. Conformi Corte costituzionale, 08/09/1995, n. 419, in *Giur. it.*, 1996, I, 49 e da ultimo Corte costituzionale, 23/10/2020, n. 223 in *Giur. cost.*, 2020, n. 5, p. 2484 che ribadisce indirettamente come il diritto di agire in giudizio comprende la fase della tutela esecutiva, anch'essa assoggettata al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

²⁷ In questi termini il Tribunale Rovigo secondo il quale *“posto che l'esecuzione è servente alla cognizione è evidente che il diritto di agire in giudizio e il diritto a un ricorso effettivo vengono svuotati di significato a fronte dell'impossibilità o dell'eccessiva difficoltà (che è data anche dalla sospensione continuativamente prorogata) a far eseguire le decisioni giudiziarie o gli altri titoli esecutivi previsti dall'art. 474 c.p.c.”*.

²⁸ Cassazione civile sez. III, 10/06/2020, n.11116 in *Giust. civ. Mass.*, 2020, che richiama Cassazione civile, Sezioni Unite, 23/07/2019, nn. 19883 a 19888 in *Giust. civ. Mass.*, 2019 che riconoscono *“l'indeffettibilità della tutela giurisdizionale in sede esecutiva, quale principio ispiratore dell'ordinamento”*.

²⁹ Corte europea diritti dell'uomo, 19/03/1997, n. 18357 in *Dir. uomo*, 2006, n. 2, p. 595 per cui *“40. La Corte ricorda la sua giurisprudenza costante, secondo la quale l'art. 6, par. 1, garantisce ad ogni individuo il diritto a che un tribunale esamini ogni contestazione relativa ai suoi diritti e obblighi di carattere civile; consacra il diritto ad un tribunale, di cui il diritto d'accesso, cioè il diritto di adire un tribunale in materia civile, costituisce un aspetto (sentenza Philisc. Grecia, n. 1, del 27 agosto 1991, serie A n. 209, par. 59). Tuttavia, tale diritto sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato contraente permettesse che una decisione giudiziaria definitiva e obbligatoria resti inefficace a discapito di una parte. Infatti, non avrebbe senso il fatto che l'art. 6 descriva in dettaglio le garanzie processuali – equità, pubblici-*

lunche giurisdizione si tratti, deve dunque essere considerata parte integrante del processo ai sensi dell'art. 6", fino alle più recenti, fra cui Corte EDU, Grande Camera, 29/05/2019, Ilgar Mamadov c/ Azerbaigian, nella causa n. 15172/13.

D'altra parte, l'esecuzione del provvedimento del giudice entro un termine ragionevole è riconducibile anche al principio del giusto processo, garantito dall'art. 6 par. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che viene in rilievo attraverso l'art. 117 Cost.

Sotto questo profilo la prevalenza incondizionatamente accordata alla posizione del debitore, senza riguardo alcuno per quella del creditore leso nel proprio diritto di difesa, denota un aspetto di palese irragionevolezza dalla disposizione: la stessa non risulta infatti né necessaria né tantomeno proporzionata, stante l'assenza di vantaggi compensativi a favore dei creditori e stante la reiterazione ben oltre il periodo originariamente previsto.

È, del resto, la stessa Corte costituzionale ad aver subordinato, in passato, la ragionevolezza del sacrificio imposto al ceto creditorio al carattere transitorio e limitato della sospensione. Per la Corte *“la procedura esecutiva, attivata da parte del singolo soggetto provvisto di titolo esecutivo giurisdizionale, non può essere paralizzata indefinitamente con una serie di pure e semplici proroghe, oltre un ragionevole limite di tollerabilità”*³⁰.

L'esecuzione non potrebbe dunque essere sospesa *sine die*, al sol fine di garantire il bisogno abitativo di una classe di cittadini; bisogno che dovrebbe essere al più soddisfatto attraverso interventi di sostegno gravanti sull'intera collettività e non con misure che ricadano interamente su un'altra categoria di cittadini.

Si afferma infatti che *“il legislatore, pur dovendo farsi carico delle esigenze di coloro che si trovano in particolari situazioni di disagio, anche attraverso agevolazioni, non possa tuttavia «indefinitamente limitarsi, per di più senza alcuna valutazione comparativa, a trasferire l'onere relativo in via esclusiva a carico del privato locatore, che potrebbe trovarsi in identiche o anche peggiori situazioni di disagio»*³¹.

La disposizione censurata si pone inoltre in contrasto con l'art. 42 c.3 Cost. poiché la sospensione impedisce al creditore di diventare proprietario del bene oggetto della procedura mediante la proposizione dell'istanza di assegnazione, assumendo così le sostanziali vesti di una espropriazione, di una “ablazione reale”, non fondata su alcun interesse pubblico preminente e priva, peraltro, di ogni forma di indennizzo.

tà, celerità – accordate alle parti e non protegga l'esecuzione delle decisioni giudiziarie; se si dovesse ritenere che tale articolo riguarda esclusivamente l'accesso al giudice e lo svolgimento del procedimento, ciò rischierebbe di creare situazioni incompatibili con il principio della preminenza del diritto che gli Stati contraenti si sono impegnati a rispettare ratificando la Convenzione (v., mutatis mutandis, la sentenza Golderc. Regno Unito del 7 maggio 1974, serie A n. 18, par. 34-36). L'esecuzione di una decisione o di una sentenza, di qualunque giurisdizione si tratti, deve dunque essere considerata parte integrante del processo ai sensi dell'art. 6; del resto, la Corte l'ha già riconosciuto nei casi relativi alla durata del procedimento (v., da ultimo, Di Pedec. Italia del 26 settembre 1996)”.

³⁰ Corte costituzionale, 07/10/2003, n. 310 in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2319.

³¹ Corte costituzionale, 07/10/2003, n. 310 in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2319, richiamata da Corte costituzionale, 28/05/2004, n. 155, in *Giur. it.*, 2005, p. 1804.

Vengono poi in rilievo gli art. 3 c. 2 e 47, c. 2: la sospensione delle procedure esecutive comporta più rigorose condizioni di accesso al credito bancario³² – quali il potenziale aumento dei tassi sui mutui per l'acquisto dell'abitazione – a causa dell'incertezza dei creditori istituzionali in merito alla possibilità di recupero dei finanziamenti, con il conseguente proliferare di disuguaglianze fra coloro che dispongono di beni da dare in garanzia e coloro che, invece, ne sono privi.

L'incertezza circa il recupero giudiziale del credito parrebbe compromettere anche il principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., pregiudicando la possibilità per l'imprenditore di programmare la propria attività, nonché quello della libertà d'impresa sancito dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³³. Ciò determinerebbe altresì una distorsione della concorrenza, danneggiando l'imprenditore che debba procedere al recupero forzoso del credito rispetto all'imprenditore che non debba ricorrere allo Stato per ottenere l'adempimento degli obblighi della controparte.

Da ultimo vengono presi in considerazione agli artt. 111 e 117 cost.

Con riguardo alla prima disposizione, è evidente che la proroga della sospensione legislativa implichi una protrazione dei tempi del processo, contraria al principio della ragionevole durata dello stesso, determinando un potenziale danno per il debitore medesimo, tenuto a pagare una maggior somma a titolo di interessi, che ai sensi dell'art. 1224 c.c., continuano a maturare durante il periodo di sospensione.

Con riguardo alla seconda disposizione, invece, il richiamo è – oltre che al principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU – all'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 della CEDU – per il quale ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni, fra cui rientra, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, qualsiasi entità materiale o immateriale economicamente valutabile, compresi, quindi, anche i diritti di credito.

4. La sentenza della Corte costituzionale n. 128 del 2021

Dopo aver ripercorso le argomentazioni poste alla base delle ordinanze esaminate nel precedente paragrafo, la Corte costituzionale procede a circoscrivere il *thema decidendum* dei due giudizi e lo individua nel solo art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020, con cui era stata disposta la seconda proroga (fino al 30 giugno 2021) della sospensione delle procedure esecutive di cui all'art. 54-ter.

³² In dottrina G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAJA, *op. cit.*, p. 800, i quali affermano che “un generale divieto di pignorare tali immobili, oltre a suscitare non irragionevoli dubbi di costituzionalità, comporterebbe l'ineluttabile rifiuto del sistema bancario di finanziarne il relativo acquisto”.

³³ In questo senso l'ordinanza del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto su *inexecutivis.it*.

La disposizione censurata si colloca all'interno di un quadro normativo emergenziale, che la Corte analizza restringendo, progressivamente, la propria prospettiva. La Corte individua, infatti, tre distinte fasi dell'intervento legislativo e analizza, rispetto a ciascuna di esse, le scelte compiute dal legislatore con riguardo al processo civile in generale, al processo esecutivo in particolare, per poi focalizzarsi infine sulle sole procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore, attraverso l'esame di un ambito gradualmente più circoscritto.

La sentenza muove dalla constatazione che nella fase iniziale, caratterizzata dalla paralisi totale dell'attività degli uffici giudiziari, il legislatore aveva disposto il rinvio d'ufficio delle udienze di tutti i procedimenti civili e penali e la sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto processuale, dapprima fino al 15 aprile 2020, e poi fino all'11 maggio 2020³⁴.

In assenza di una specifica disciplina, anche le attività non urgenti delle procedure esecutive avevano subito, in questo primo stadio, un sostanziale generalizzato arresto.

La sospensione generale dei termini così introdotta si era sovrapposta ad altre misure emergenziali adottate sempre in quella prima fase, quali, per l'appunto, la sospensione delle espropriazioni aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore di cui all'art. 54-ter del d.l. n. 18 del 2020 e la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di cui all'art. 103 c. 6 del medesimo decreto³⁵.

Con l'evoluzione della situazione emergenziale, nell'ottica di garantire una graduale ripartenza dell'attività processuale si era transitati nella cd. "seconda fase", collocata temporalmente fra l'11 maggio 2020 e il 30 giugno 2020.

Il legislatore aveva previsto, in questo periodo intermedio, l'assegnazione ai capi degli uffici giudiziari del compito di adottare misure organizzative, comprese linee guida vincolanti per la fissazione e trattazione delle udienze nonché il loro possibile rinvio a data successiva al 30 giugno 2020.

Con riferimento alle procedure esecutive, analogamente a quanto accaduto nella prima fase, sono state svolte le sole attività urgenti e sono state differite, di regola, le vendite forzate.

Nella cd. terza fase³⁶, infine, sono state introdotte talune disposizioni volte a perseguire la normalizzazione dell'attività giudiziaria, compresa quella relativa alle procedure esecuti-

³⁴ Tale prima fase è stata avviata dal d.l. n. 18 del 2020, convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27, che ha previsto all'art. 83, commi 1 e 2 rispettivamente il rinvio *ex lege* delle udienze e la sospensione dei termini fino al 15 aprile 2020, poi prorogati sino all'11 maggio 2020 dal d.l. n. 23 del 2020, convertito con modificazioni nella legge 5 giugno 2020, n. 40.

³⁵ Per una completa disamina della disposizione si rinvia al par. 6.

³⁶ Avviata dall'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020, convertito con modificazioni nella legge 17 luglio 2020, n. 77 e poi prorogata fino al 31 dicembre 2020 dall'art. art. 1, c. 3, lett. a) e b), n. 7), del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, recante «Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, per il differimento di consultazioni elettorali per l'anno 2020 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020, e disposizioni urgenti in materia di riscossione esattoriale», convertito, con modificazioni, nella legge 27 novembre 2020, n. 159.

ve³⁷. In particolare, fra queste misure la Corte ricorda l'obbligo di depositare gli atti introduttivi con modalità telematiche, la "cartolarizzazione" dell'udienza civile e la possibilità di svolgere la stessa attraverso collegamenti audiovisivi.

A rimanere del tutto inalterata in questo contesto normativo era stata invece la sospensione delle procedure esecutive sull'abitazione principale del debitore, la cui durata, a causa delle plurime proroghe, si era protratta per ben 14 mesi.

Durante questo considerevole periodo era stato totalmente compresso il diritto dei creditori alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24, c.1 della Costituzione, diritto che, secondo la stessa Corte, comprende anche la fase dell'esecuzione forzata³⁸.

La Corte non esclude che, in astratto, tale diritto possa subire delle limitazioni in presenza di altri diritti costituzionali meritevoli di tutela, quali il diritto all'abitazione. Quest'ultimo, pur non essendo direttamente menzionato dalla Carta costituzionale, costituisce infatti un bene di primaria importanza³⁹ ed è incluso, per giurisprudenza costante, nel catalogo dei diritti fondamentali. È stato invero più volte affermato che il diritto all'abitazione "*rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione ed è compito dello Stato garantirlo, contribuendo così a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana*"⁴⁰. Ne consegue che, in forza di un dovere di solidarietà, può essere im-

³⁷ In relazione alle procedure esecutive anche il Consiglio Superiore della Magistratura con Delibera plenaria adottata in data 4 giugno 2020, "L'organizzazione del settore delle procedure esecutive e concorsuali nella "fase 2" dell'emergenza COVID-19" ha precisato che "*nel rimarcare la peculiarità del settore delle esecuzioni civili in quanto indubbiamente nevralgico per la funzionalità del sistema sotto il profilo della circolazione delle risorse economiche – ha sottolineato l'opportunità che, nel secondo periodo dell'emergenza, si adottassero le misure organizzative necessarie a far sì che fossero immesse nel circuito economico le somme liquide già realizzate e venisse, al contempo, garantita un'efficace ripresa dell'attività liquidatoria, ove consentito dalla normativa, con modalità che tutelassero in ogni caso gli interessi convergenti del debitore e dei creditori al corretto realizzo dei valori dei beni, ad esempio mediante l'adozione di modalità di vendite telematiche pure, sincrone o asincrone, anche per le procedure per le quali si era inizialmente previsto diversamente*".

³⁸ Corte costituzionale, 24/07/1998, n. 321 in *Giur. it.*, 1999, p. 477 e, in senso conforme, Corte costituzionale, 06/12/2002, n. 522 in *Foro it.*, 2003, I, 1650 secondo cui il diritto alla tutela giurisdizionale "*comprende anche la fase dell'esecuzione forzata., la quale è diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento giurisdizionale*".

³⁹ Corte costituzionale, 09/03/2020, n. 44, in *Foro amm. (II)*, 2020, n. 11, p. 2079 e Corte costituzionale, 24/04/2020, n. 79 in *Foro it.*, 2020, 7-8, I, 2230, la quale ha affermato che "*il meccanismo processuale configurato per le locazioni ad uso abitativo dall'art. 55 della legge n. 392 del 1978, consentendo al conduttore in difficoltà di accedere alla speciale sanatoria in sede giudiziale entro il termine di grazia concesso dal giudice alla prima udienza, è di per sé frutto di un bilanciamento discrezionale degli interessi da parte del legislatore, allo scopo di accordare una particolare tutela al conduttore ove venga in rilievo il diritto all'abitazione, che questa Corte, anche recentemente, ha definito «bene di primaria importanza» (sentenza n. 44 del 2020); conduttore che, in mancanza di questo speciale istituto, sarebbe irrimediabilmente esposto vuoi alla convalida dell'intimazione di sfratto nel procedimento monitorio, vuoi alla risoluzione contrattuale nel rito ordinario*". Tale pronuncia, in altri termini, fondando l'istituto di natura eccezionale del termine di grazia di cui all'art. 55 L. 392/1978 sulla tutela del diritto all'abitazione del conduttore, ha escluso la possibilità per il giudice di sindacare il non puntuale adempimento delle obbligazioni del conduttore sotto il profilo dell'importanza scarsa o non scarsa dell'inadempimento medesimo (art 1455 c.c.).

⁴⁰ Corte costituzionale, 09/03/2020, n. 44, che richiama Corte costituzionale, 25/02/1988, n.217 in *De Jure*, Corte costituzionale, 24/05/2018, n. 106, in *Foro amm. (II)*, 2019, n. 9, p. 1423 e Corte costituzionale, 09/07/2009, n. 209 in *Giur. cost.*, 2009, n. 4, p. 2419.

posto un temporaneo sacrificio di alcuni soggetti – nella specie quelli appartenenti al ceto creditorio – a beneficio di altri, considerati astrattamente più deboli⁴¹.

Tuttavia, come si legge nella sentenza, il bilanciamento fra detti contrapposti valori costituzionali – da un lato diritto dei creditori di procedere esecutivamente e, dall'altro, le esigenze abitative dei debitori – deve essere ragionevole, proporzionato e non arbitrario. Occorre dunque verificare, per la Corte, se effettivamente sussiste un ragionevole bilanciamento fra diritti, da valutarsi considerando la proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità perseguite.

Sul punto assume rilievo centrale l'estensione temporale delle misure emergenziali. Se infatti rispetto alla fase iniziale, la Corte non dubita della ragionevolezza della scelta di sospendere in via generale le procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore, trattandosi di una sospensione di carattere eccezionale e temporalmente limitata⁴², lo stesso non può affermarsi con riguardo alle fasi successive.

Il legislatore ha reiterato nelle due proroghe i medesimi presupposti applicativi stabiliti originariamente, senza procedere a delimitare il raggio di azione della disposizione attraverso la previsione di opportuni criteri selettivi, che sarebbero stati invece necessari per giustificare il protrarsi del sacrificio imposto ai creditori, il cui diritto costituzionalmente tutelato di agire esecutivamente era stato definitivamente paralizzato.

In particolare, il legislatore non ha provveduto né a selezionare gli atti del procedimento suscettibili di sospensione, né tantomeno a perimetrare gli effettivi beneficiari all'interno della più vasta categoria dei debitori.

Pertanto, quella che originariamente poteva considerarsi una disposizione giustificata dall'emergenza, è divenuta progressivamente una soluzione irragionevole e sproporzionata e ha assunto i connotati di una vera e propria misura assistenziale in favore della generalità dei debitori esecutati.

Secondo la Corte, inoltre, il fatto che la sospensione in esame sia rimasta immutata nelle successive proroghe, costituisce un'eccezione alla graduale evoluzione normativa già ricordata.

Il progressivo adattamento delle misure emergenziali ha invero riguardato non soltanto i processi civili, compresi quelli esecutivi, ma anche la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili di cui all'art. 103, 6 comma, dello stesso d.l. 18/2020, che, in base a quanto da ultimo disposto dal legislatore, include nel proprio ambito applicativo anche l'ordine di rilascio dell'immobile contenuto nel decreto di trasferimento del bene espropriato, aggiungendosi così alla più ampia sospensione prevista

⁴¹ In questi termini si articola la difesa dell'Avvocatura dello Stato intervenuta nei giudizi *ad quem* evidenziando come disposizione in esame costituisca una misura temporanea ed eccezionale volta alla tutela del diritto all'abitazione dell'esecutato, considerato parte debole del processo esecutivo.

⁴² Corte costituzionale, 12/07/2013, n. 186, in *Giur. cost.*, 2013, n. 4, p. 2671 e Corte costituzionale, 28/05/2004, n. 155, in *Giur. it.*, 2005, p. 1804.

dall'art. 54-ter. Proprio la proroga della sospensione dell'ordine di rilascio dell'immobile rende ancora più evidente per la Corte “*la sproporzione conseguente al mancato aggiustamento del bilanciamento sotteso alla misura in esame*”, atteso che il diritto del debitore a conservare la disponibilità dell'abitazione resterebbe comunque tutelato.

La scelta legislativa di mantenere invariato nel tempo il bilanciamento tra i due diritti confliggenti si è dunque tradotta in “*un'ingiustificabile compressione del diritto di agire in giudizio*”⁴³ dei creditori, tale da comportare l'illegittimità costituzionale della disciplina *de quo* proprio per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., con assorbimento degli altri parametri. Pur dichiarando, dunque, l'illegittimità costituzionale, la Corte non esclude tuttavia la possibilità per il legislatore di realizzare, ove ciò sia richiesto dall'evolversi della pandemia, un diverso bilanciamento fra i due contrapposti diritti, introducendo dei criteri selettivi che la Corte stessa individua, a titolo esemplificativo, nel fatto che l'immobile, ad uso abitativo, in cui risiede il debitore sia l'unico di sua proprietà, così come previsto materia di riscossione esattoriale dall'art. 76, c. 1 lett. a d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602⁴⁴.

5. Effetti della pronuncia sulla ripresa dei procedimenti sospesi

La declaratoria di incostituzionalità della proroga della sospensione dell'esecuzioni di cui all'art. 54-ter, se da un lato apre le porte a nuovi dubbi interpretativi, dall'altro fornisce importanti spunti per la valutazione dei possibili esiti riguardanti i giudizi di legittimità costituzionale pendenti sulla cd. proroga della sospensione degli sfratti.

Tralasciando per il momento tale ultimo aspetto, che verrà analizzato nel prossimo paragrafo, occorre qui concentrarsi sulle incertezze conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità e in particolare sulla questione della ripresa dei processi esecutivi sospesi.

Sul punto è anzitutto opportuno evidenziare la eterogeneità dei contenuti delle circolari emesse nei vari Tribunali italiani. Si rinvengono infatti istruzioni che prevedono la riassunzione d'ufficio di tutti i processi sospesi a seguito dell'emergenza⁴⁵, laddove altre subordinano la riattivazione del processo al ricorso in riassunzione ai sensi dell'art. 627 c.p.c.,

⁴³ Corte costituzionale, 22/06/2021, n. 128 in *Dir. e Giust.*, 23 giugno 2021.

⁴⁴ Secondo tale disposizione “*1. Ferma la facoltà di intervento ai sensi dell'articolo 499 del codice di procedura civile, l'agente della riscossione: a) non dà corso all'espropriazione se l'unico immobile di proprietà del debitore, con esclusione delle abitazioni di lusso aventi le caratteristiche individuate dal decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 agosto 1969, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 218 del 27 agosto 1969, e comunque dei fabbricati classificati nelle categorie catastali A/8 e A/9, è adibito ad uso abitativo e lo stesso vi risiede anagraficamente (...)*”.

⁴⁵ In dottrina A. CRIVELLI, *op. cit.*, p. 556, sostiene che la riassunzione serve di regola per risolvere lo stato di incertezza determinato dall'*incertus quando*, mentre nel caso della sospensione *de quo* vi sarebbe, al contrario, una data certa di ripresa. Inoltre, ritiene che l'obbligo di riassunzione in capo ai creditori comporti un aggravio della loro posizione e di quella degli uffici “*che si troverebbero con centinaia di istanze di riattivazione*”.

affermando che è onere delle parti dare impulso ai processi sospesi⁴⁶. La riassunzione ad opera del creditore dovrebbe invero ritenersi imposta dal principio processuale della domanda, per il quale il processo muove dall'iniziativa di parte (art. 99 c.p.c.) e dall'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) che deve sussistere per tutto il corso del giudizio e non solo nella sua fase iniziale.

In quest'ultimo senso si è espressa anche la prevalente dottrina⁴⁷, che, preso atto dell'assenza di specifiche previsioni normative, ha ritenuto applicabile la norma generale prevista dal terzo libro del Codice (art. 627 c.p.c.) per la riattivazione delle procedure quiescenti. Appare condivisibile la tesi secondo cui le uniche eccezioni alla regola della riassunzione ad istanza di parte potrebbero rinvenirsi nelle ipotesi di mancanza di espresso provvedimento di sospensione da parte del G.E.⁴⁸ ovvero qualora questi, nel dichiarare la sospensione, abbia già disposto la continuazione del procedimento dinnanzi a sé, attraverso la fissazione di apposita udienza per la prosecuzione della procedura⁴⁹, soluzione, questa, da ritenersi coerente con la circostanza che tali forme di sospensione prevedevano, fin dalla loro adozione, l'indicazione di un termine finale.

Al di fuori di tali limitate ipotesi, occorre ulteriormente domandarsi da quale giorno decorra il semestre previsto dall'art. 627 c.p.c. per il deposito del ricorso in riassunzione, al fine di evitare l'estinzione del processo (art. 630 c.p.c.).

Proprio con riguardo al *dies a quo* si registrano due diversi indirizzi interpretativi.

Una lettura più restrittiva ritiene che il ricorso in riassunzione debba essere depositato entro il 30 giugno 2021. Con la declaratoria di incostituzionalità della seconda proroga, sarebbe infatti venuta meno l'ultima sospensione delle procedure esecutive (fino al 30 giugno 2021) e sarebbe tornata in vigore quella previgente, disposta fino al 31 dicembre 2020, sicché è da tale ultima data che dovrebbe decorrere il semestre previsto per la riassunzione⁵⁰.

Si ritiene tuttavia più ragionevole la seconda soluzione emersa⁵¹ che individua il *dies a quo* dalla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, ossia dal 23 giugno 2021, momento dal quale si presume la conoscenza delle parti della cessazione della causa di sospensione.

⁴⁶ Per una disamina delle varie circolari si rinvia a P. VOLTAGGIO, *op. cit.*

⁴⁷ G. FANTICINI, S. SAIJA, *op. cit.* p. 2074; R. METAFORA, *op. cit.*, G.O. RAPISARDA, *op. cit.*; G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAIJA, *op. cit.*, p. 837.

⁴⁸ Per P. VOLTAGGIO, *op. cit.*, la sospensione opera *ex lege* e in mancanza di un espresso provvedimento del G.E. non sarebbe necessaria alcuna riassunzione.

⁴⁹ In questo senso, *L'esperto risponde – categoria: EMERGENZA COVID-19*, in *IneXcutivis*, 23 giugno 2021.

⁵⁰ Ritengono tuttavia plausibile che istanze tardive possano beneficiare della remissione in termini *ex art.* 153 c.p.c., stante l'eccezionalità della situazione venutasi a creare S. CAMPIDELLI, G. DI MARCO, *op. cit.*

⁵¹ In questo senso P. VOLTAGGIO, *op. cit.* e *L'esperto risponde – categoria: EMERGENZA COVID-19, cit.*

Tale impostazione risulta peraltro coerente con i principi generali ricavabili dagli artt. 24-11-138 della Costituzione, nonché dall'art. 30, c. 3 della Legge 87 del 1953⁵².

Le pronunce della Corte costituzionale, espungendo la disposizione dichiarata illegittima, innovano l'ordinamento, tanto da essere definite in dottrina come forme di *ius superveniens*.

Come noto, originariamente si riteneva che le stesse avessero efficacia *ex nunc*, in applicazione dell'art. 136 della Costituzione secondo cui “quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

Con l'emanazione dell'art. 30, c. 3 della L. 87/1953 secondo cui “le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione” si riconosce invece pacificamente il principio della cd. “retroattività indiscriminata” delle sentenze di accoglimento⁵³. In altri termini si ritiene che vi sia un divieto per tutti i giudici aventi giudizi pendenti di applicare la norma dichiarata incostituzionale dopo la pubblicazione della sentenza. Tale articolo “stabilisce, in linea generale ed obiettiva, quale sia la conseguenza nell'ordinamento della pronuncia di incostituzionalità” precisandone “gli effetti nel procedimento in corso, ai fini della disapplicazione conseguente alla dichiarata illegittimità”⁵⁴.

Proprio in forza dell'art. 30, c. 3 della L. 87/1953, la proroga della sospensione cessa di essere applicabile dal 23 giugno 2021, data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della Sentenza della Corte costituzionale n. 128/2021, e proprio da tale giorno decorre, per l'appunto, il semestre per la riassunzione, che scadrà il 23 dicembre 2021.

D'altro canto, ritenere che il semestre spiri il 30 giugno 2021, costituirebbe un ulteriore ostacolo al diritto di difesa (art. 24 Cost.), minando altresì il principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, data l'eccessiva prossimità di tale data a quella di pubblicazione della sentenza⁵⁵.

⁵² Legge 11 marzo 1953, n. 87. Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale. – (Gazzetta Ufficiale 14 marzo 1953, n. 62) e successive modificazioni.

⁵³ Sul punto Corte costituzionale, 07/05/1984, n. 139, in *Giur. it.*, 1985, secondo cui tale principio “vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida. Per rapporti esauriti debbono certamente intendersi tutti quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva e irrettrabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità (salvo quanto disposto per la materia penale dal cit. art. 30)”.

⁵⁴ Corte costituzionale, 29/12/1966, 127.

⁵⁵ *L'esperto risponde – categoria: EMERGENZA COVID-19*, cit. nel confutare la tesi che individua nel 30 giugno 2021 l'ultimo giorno possibile per riassumere il processo, argomenta, in maniera suggestiva, che, se per assurdo la pronuncia fosse stata pubblicata proprio il 30 giugno 2021, non vi sarebbe stata possibilità alcuna di riassunzione, essendo ormai spirato il termine.

6. La disciplina relativa al cd. “blocco sfratti” e le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale

Già prima della sentenza 128 del 2021, era stata sollevata da più Tribunali la questione, per certi versi parallela a quella esaminata nei paragrafi precedenti, di legittimità costituzionale di un'altra disposizione introdotta nella fase emergenziale e oggetto di successive, reiterate proroghe. Oltre all'art. 54-ter, il legislatore aveva infatti previsto, all'art. 103, c. 6 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, la sospensione degli ordini di rilascio, stabilendo che *“l'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 1° settembre 2020”*.

Anche la formulazione adottata per tale disposizione aveva fatto sorgere diverse perplessità in dottrina e in giurisprudenza.

Assume in particolare rilevanza in questa sede la questione afferente al perimetro applicativo della disposizione. Ci si domandava se fosse possibile riferire detta sospensione anche agli ordini di liberazione giudiziali emessi nelle procedure esecutive e, in particolare, ai decreti di trasferimento.

La tesi più restrittiva riteneva che l'art. 103, c. 6 disponesse la sospensione della sola procedura di “esecuzione” degli ordini di rilascio di cui agli artt. 605 ss. c.p.c. e non anche quella degli ordini di liberazione (art. 560 c.p.c.) e delle ingiunzioni di liberazione di cui all'art. 586 c.p.c.⁵⁶.

Per contro, per la tesi contrapposta, la sospensione degli ordini di liberazione doveva applicarsi a tutti i provvedimenti dal G.E., in quanto la *voluntas legis* sarebbe stata quella di impedire la perdita della disponibilità di un immobile adibito a scopo abitativo o commerciale durante la fase di pandemia.

Con l'evolversi della normativa emergenziale, la tesi più restrittiva parve ottenere l'avallo del legislatore. L'art. 17 bis del d.l. 34 del 2020, convertito nella legge n. 77 del 2020, con cui è stata prorogata la sospensione in esame fino al 31 dicembre 2020, presentava infatti la rubrica *“Proroga della sospensione dell'esecuzione degli sfratti di immobili a uso abitativo e non abitativo”*, sicché la menzione dei soli “sfratti” ex art. 657 c.p.c. sembrava deporre

⁵⁶ C. D'ARRIGO, G. COSTANTINO, G. FANTICINI, S. SAJJA, *Legislazione d'emergenza e processi esecutivi e fallimentari*, pubblicata online su *InExecutivis*, per cui *“l'art. 103, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 costituisce disposizione eccezionale contenuta in una normativa speciale e, come tale, è insuscettibile di applicazione analogica: la disposta sospensione della “esecuzione” non può riguardare – pena la violazione dell'art. 14 delle preleggi – la “attuazione” dell'ordine di liberazione o del decreto di trasferimento ai sensi dell'art. 560 c.p.c. (come modificato dall'art. 18-quater, comma 1, d.l. 30/12/2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28/2/2020, n. 8). Con la riforma codicistica del 2016 il legislatore aveva previsto che il custode non dovesse più “eseguire” l'ordine di liberazione attraverso una procedura ex artt. 605 ss. c.p.c., bensì “attuare” il provvedimento secondo le disposizioni impartite dal giudice dell'esecuzione; l'intervento del 2019 sull'art. 560 c.p.c. aveva eliminato qualsivoglia riferimento alle modalità da seguire per la realizzazione del provvedimento, alimentando numerosi dubbi interpretativi; il legislatore del d.l. n. 162 del 2019 (rectius, della legge di conversione n. 8 del 2020) ha esplicitamente disposto che il custode debba provvedere alla “attuazione” (dell'ordine di liberazione o del decreto ex art. 586 c.p.c.), dizione che nel linguaggio tecnico-giuridico non coincide con (né è sovrapponibile a) quella di “esecuzione”*.

nel senso dell'esclusione dal proprio ambito di applicazione dei titoli per rilascio degli immobili pignorati, quali il decreto di trasferimento pronunciato nel corso dell'esecuzione forzata⁵⁷.

Tuttavia, in senso contrario alla tesi restrittiva depone un duplice ordine di considerazioni. Da un lato il Ministro della Giustizia, in sede di interrogazione parlamentare⁵⁸, nel rispondere al quesito relativo raggio di operatività della sospensione dell'esecuzione degli ordini di liberazione aveva affermato che essa si riferisse “*in linea generale alla esecuzione di tutti i provvedimenti di rilascio*”⁵⁹.

Dall'altro, come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale nella pronuncia 128/2021, con il successivo art. 13, c. 13 del d.l. 183 del 2020, era stata prevista un'ulteriore proroga, fino al 30 giugno 2021 “*limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze e ai provvedimenti di rilascio conseguenti all'adozione ai sensi del 586 c.2 c.p.c. del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari*”. Si era così affermata, per la prima volta, l'applicabilità dell'art. 103, c. 6 anche all'esecuzione dei provvedimenti di rilascio emessi ai sensi dell'art. 586, c. 2 c.p.c. aventi ad oggetto l'immobile abitato dal debitore.

La disposizione in esame è stata ulteriormente prorogata dall'art. 40-*quater* del D.L. n. 41 del 2021, convertito nella L. n. 69 del 2021, rubricato “*Disposizioni in materia di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili*”, che stabilisce quanto segue: “*La sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, prevista dall'articolo 103, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze e ai provvedimenti di rilascio conseguenti all'adozione, ai sensi dell'articolo 586, secondo comma, del codice di procedura civile, del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari, è prorogata: a) fino al 30 settembre 2021 per i provvedimenti di rilascio adottati dal 28 febbraio 2020 al 30 settembre 2020; b) fino al 31 dicembre 2021 per i provvedimenti di rilascio adottati dal 1° ottobre 2020 al 30 giugno 2021*”.

A dubitare della legittimità costituzionale della sequenza di interventi legislativi così ricostruiti ed in particolare dell'estensione temporale dell'originaria sospensione dei provvedimenti di rilascio sono stati i Giudici dei Tribunali di Trieste, Piacenza⁶⁰ e Savona che con

⁵⁷ In questo senso si esprime la stessa sentenza della Corte costituzionale, nonché P. VOLTAGGIO, *op. cit.*

⁵⁸ Cfr. Interrogazione e relativa risposta scritta n. 4-07638 del Dep. Catello Vitiello (res. 432 del 25.11.2020).

⁵⁹ Come correttamente osservato da P. VOLTAGGIO, *op. cit.*, pur non potendosi attribuire alla risposta del Ministro efficacia di interpretazione autentica, essendo quest'ultima riservata al solo parlamento, tale presa di posizione disorienta comunque i sostenitori della tesi restrittiva, essendo questa indicativa della *intentio legis* sottesa all'art. 103, c. 6.

⁶⁰ Il Tribunale di Piacenza, per maggior precisione, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale sia dell'art. 103, c. 6 sia dell'art. 54-*ter* D.L. 18/2020, nella parte in cui le due norme, sia singolarmente considerate, sia nel loro combinato disposto: “*1) precludono al giudice: a) ogni valutazione sull'antiorità o meno dell'esposizione debitoria all'emergenza*

tre distinte ordinanze del 24 aprile 2021, del 24 maggio 2021 e del 3 giugno 2021 hanno sollevato questione di legittimità dell'art. 103, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 e delle successive proroghe.

È interessante notare che i dubbi sulla legittimità costituzionale di tale disposizione erano già stati prospettati, seppur indirettamente, nell'ordinanza di rimessione sull'art. 54-ter dal Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, che, pur riconoscendole una funzione di tutela dell'esigenze abitative dell'esecutato, aveva affermato, con riferimento all'art. 103, c. 6, che *“sarebbe poi da comprendere se tale norma, incidendo pesantemente sul nucleo essenziale del diritto di proprietà, tutelato dall'art. 42 Cost. sia a sua volta illegittima”*.

I parametri costituzionali richiamati dalle tre ordinanze sono parzialmente riconducibili a quelli già esaminati con riguardo alle ordinanze di rimessione relative all'art. 54-ter.

Anche in questo caso, infatti, vengono in rilievo gli artt. 3, 24, 41, 42, 111 e 117 della Costituzione, a cui si aggiunge l'art. 77.

Rispetto all'art. 3 Cost., la censura mossa dal Tribunale di Savona e da quello di Trieste concerne il fatto che il legislatore avrebbe trattato in maniera analoga situazioni in realtà fra loro differenti: non avrebbe infatti diversificato né fra le situazioni di morosità preesistenti alla pandemia e le situazioni ad essa effettivamente riconducibili, né fra le situazioni di morosità conseguenti alla libera scelta del debitore di non corrispondere il canone e quelle invece dipendenti direttamente dall'emergenza sanitaria.

Anche in ordine alle ipotesi di morosità successiva alla pandemia e ad essa causalmente ricollegabile, peraltro, il legislatore avrebbe precluso una valutazione comparativa del giudice in merito alle condizioni economiche delle parti⁶¹, accordando una preferenza unilaterale, incondizionata e aprioristica alla posizione del debitore, senza considerare che la pandemia ha prodotto effetti negativi anche sulla categoria dei locatori. L'omessa valutazione da parte del legislatore della situazione di debolezza che potrebbe caratterizzare anche la posizione del locatore assumerebbe altresì rilievo, secondo il Tribunale di Savona, in relazione al secondo comma del medesimo articolo (art. 3, c.2), in quanto verrebbe preclusa la possibilità di rimuovere una situazione di indigenza riferibile al locatore

sanitaria e, in ogni caso, al periodo di vigenza della sospensione; b) ogni valutazione sulla opponibilità alla procedura del titolo abitativo; c) la possibilità di limitare l'effetto sospensivo ai soli beni oggetto di diritto di abitazione; d) la possibilità di limitare l'effetto sospensivo alle sole attività processuali che determinino la liberazione coattiva dell'immobile;

2) determinano l'irragionevole disparità di trattamento del processo esecutivo rispetto ad altre attività, giurisdizionali e non, non soggette a sospensione;

3) determinano un'irragionevole compressione della libertà di iniziativa economica privata del creditore;

4) determinano un'irragionevole compressione del diritto di difesa e dell'effettività della tutela giurisdizionale”.

⁶¹ Sulla necessità di procedere ad una valutazione comparativa si era già espressa la stessa Corte, con Corte costituzionale, 07/10/2003, n. 310 in *Giur. cost.*, 2003, n. 5, secondo cui *“Non si intende con ciò negare che il legislatore debba farsi carico delle esigenze di coloro che si trovano in particolari situazioni di disagio, in quanto appartenenti a categoria protetta, ricorrendo ad iniziative del settore pubblico o accordando agevolazioni o ricorrendo ad ammortizzatori sociali; ma non può indefinitamente limitarsi, per di più senza alcuna valutazione comparativa, a trasferire l'onere relativo in via esclusiva a carico del privato locatore, che potrebbe trovarsi in identiche o anche peggiori situazioni di disagio”*.

(nel caso savonese, infatti, la locatrice, ammessa al gratuito patrocinio, traeva la fonte del proprio sostentamento unicamente dall'immobile locato).

Osserva infatti il Tribunale ligure che in questo modo i costi di tale misura di carattere essenzialmente assistenziale finirebbero per essere addossati unicamente alla categoria dei creditori – non immuni dai danni conseguenti all'emergenza epidemiologica – anziché sulla fiscalità generale.

Per quanto concerne gli artt. 24, 111 e 117, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della CEDU, nonché all'art. 47 della Carta di Nizza, le motivazioni dei giudici rimettenti paiono sovrapponibili a quelle già esaminate nel terzo paragrafo. La sospensione dei provvedimenti di convalida di sfratto priva, infatti, irragionevolmente i locatori di una tutela giurisdizionale effettiva, svuotando il loro diritto di ottenere il rilascio del bene di loro proprietà.

Anche con riferimento agli artt. 41, 42 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale della CEDU valgono le considerazioni già esposte in precedenza: la sospensione degli ordini di rilascio comprimerebbe la libertà di iniziativa economica e sarebbe assimilabile a una fattispecie illegittima di esproprio, senza alcun indennizzo, poiché priverebbe il locatore sia della possibilità di utilizzare il bene, sia di percepire i canoni di locazione, siccome i conduttori morosi sono inadempienti, per definizione, all'obbligo di corresponsione degli stessi.

Viene inoltre in rilievo secondo i Tribunali di Piacenza e Trieste anche l'art. 77 Cost. sia per la carenza dei requisiti di necessità e urgenza del primo decreto-legge – essendo la morosità ricollegabile a inadempimenti antecedenti al sorgere della pandemia – sia per la “l'estraneità” della prima proroga alla legge di conversione, circostanza questa, idonea a determinare la violazione dell'obbligo costituzionale di necessaria omogeneità del contenuto del decreto-legge e della relativa legge di conversione⁶².

A ciò si aggiunge che, secondo il Tribunale di Piacenza, l'art. 77 Cost. sarebbe violato anche in combinato con l'art. 3 Cost.: il legislatore avrebbe infatti sospeso talune attività consentendone invece altre, “*indipendentemente dalla connotazione della attività in termini di pericolosità sanitaria*”.

⁶² *Ex multis*, Corte costituzionale, 23/06/2020, n. 115, in *Giur. cost.*, 2020, n. 3, p. 1276, secondo cui “*In via generale, la giurisprudenza costituzionale esige che la disposizione introdotta in sede di conversione non sia palesemente o totalmente estranea, o addirittura “intrusa”, rispetto a contenuti e finalità del decreto-legge in cui viene inserita. Con particolare riferimento ai decreti-legge a contenuto eterogeneo ab origine quale quello in esame, occorre inoltre considerare specificamente il profilo teleologico, ossia il rispetto della ratio che li ispira, per cui la verifica di compatibilità con l'art. 77, comma 2, Cost. delle disposizioni introdotte dal Parlamento, in sede di conversione di un decreto-legge, impone di procedere all'individuazione, da un lato, della ratio del provvedimento governativo e, dall'altro lato, del contenuto delle disposizioni aggiunte, per poi raffrontarli*”, Corte costituzionale, 09/10/2020, n. 208, in *Giur. cost.*, 2020, n. 5, p. 2355, Corte costituzionale, 06/05/2016, n. 94, in *Ilpenalista.it*, 2016, 10 maggio.

A breve la Corte costituzionale sarà dunque chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della cd. terza proroga del blocco degli sfratti, di cui all'art. 40-*quater* del D.L. 22 marzo 2021, n. 41, convertito dalla Legge 21 maggio 2021, n. 69⁶³.

Ci si può allora domandare se le argomentazioni utilizzate dalla stessa Corte nella sentenza n. 128 del 22 giugno 2021 possano in qualche riflettersi sulla futura pronuncia, tenendo presente che la sentenza è successiva a tutte e tre le ordinanze di rimessione relative al blocco sfratti.

Parte della dottrina propende per la soluzione affermativa, evidenziando come nella proroga della sospensione degli sfratti il legislatore non abbia introdotto alcuna differenziazione fra morosità incolpevole e morosità volontaria, nonché fra la situazione del conduttore in grado di reperire altra sistemazione abitativa e quello privo di detta possibilità e infine fra la posizione del locatore facoltoso e di quello avente quale unica fonte di reddito l'immobile occupato⁶⁴.

Secondo questa tesi l'adozione del mero criterio cronologico per differenziare le varie ipotesi di sfratto non sarebbe infatti sufficiente per evitare la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione in esame.

Sul punto occorre tenere conto del fatto che le ordinanze di rimessione appaiono congruamente ed esaustivamente motivate, atteso che le proroghe risultano ormai *ictu oculi* sproporzionate, sicché non può che condividersi l'opinione di coloro che auspicano l'accoglimento della questione di legittimità. Tuttavia, l'impostazione seguita dalla Corte nella sentenza n. 128 del 2021 non consente agevoli pronostici. In particolare, in favore della possibile infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale depongono due diverse considerazioni.

Da un lato va sottolineato il fatto che la Corte abbia affermato come la *ratio* dell'art. 54-*ter* – ossia quella di salvaguardare le esigenze abitative di una parte di popolazione considera-

⁶³ Postilla: la Corte costituzionale, con sentenza n. 213, depositata l'11 novembre 2021, è pervenuta – in un momento in cui il presente contributo era già di prossima pubblicazione – alla declaratoria di parziale inammissibilità e di parziale infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate in merito all'art. 40-*quater* del D.L. 22 marzo 2021, n. 41. La Corte, pur avendo sottolineato la natura intrinsecamente temporanea della misura e l'impossibilità che venga prorogata oltre la scadenza del 31 dicembre 2021, ritiene infatti che nelle proroghe censurate, il legislatore abbia gradualmente ristretto l'ambito di applicazione della sospensione del cd. blocco sfratti, originariamente generalizzata, operando un progressivo e ragionevole aggiustamento del bilanciamento degli interessi e dei diritti in gioco, attraverso "adeguati criteri selettivi". In questo senso la Corte afferma che "mentre per l'anno 2020 (a partire dal 17 marzo 2020, data di entrata in vigore del d.l. n. 18 del 2020) è stata sospesa l'esecuzione di tutti i provvedimenti di rilascio, nel 2021 la situazione è stata significativamente diversificata. Si va dalla cessazione al 31 dicembre 2020 della sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio non fondati sulla morosità del debitore alla mancata previsione di alcuna sospensione per i provvedimenti di rilascio fondati sulla morosità, ma successivi al 30 giugno 2021. Nel mezzo vi sono i distinti scaglioni di provvedimenti di rilascio, differenziati ratione temporis, ai quali si collega la cessazione della sospensione dell'esecuzione, secondo una graduazione temporale e progressiva, rispettivamente al 30 giugno 2021, al 30 settembre 2021 e al 31 dicembre 2021".

La misura emergenziale in esame deve tuttavia ritenersi senza possibilità di ulteriore proroga "avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità, pur considerando la sua funzione sociale (art. 42, secondo comma, Cost.)".

⁶⁴ S. CAMPIDELLI, G. DI MARCO *op. cit.*

ta astrattamente più debole – sia tutelata da altre disposizioni, tra cui proprio l'art. 103, c. 6 e successive proroghe, che, conseguentemente, potrebbero essere considerate giustificate, in quanto dirette alla tutela di un interesse costituzionalmente rilevante.

Dall'altro lato, assume rilievo la circostanza che la Corte abbia sancito il principio secondo cui, con la reiterazione delle proroghe nel tempo, vi sarebbe un onere per il legislatore di intervenire modulando le soluzioni e bilanciando le proprie scelte⁶⁵. La Corte nella sentenza ha sottolineato che mentre l'art. 54-ter nelle successive proroghe è rimasto immutato, lo stesso non può affermarsi per l'art. 103, c. 6, oggetto di graduali modifiche.

Assumerà rilievo centrale, in definitiva, la valutazione della Corte circa la ragionevolezza e la proporzionalità delle modifiche operate.

Dal momento che la reiterazione di proroghe automatiche della sospensione in questione richiede *“uno scrutinio progressivamente più severo, per l'ovvia considerazione che il sacrificio imposto al proprietario locatore si aggrava progressivamente con la proroga della sospensione e diventa particolarmente significativo ove questi si trovi in stato di difficoltà economica”*⁶⁶, si potrebbe in dubitare che la modulazione legislativa, relativa al mero dato temporale possa ritenersi sufficiente per evitare una nuova declaratoria di incostituzionalità.

La disposizione, annoverabile fra gli interventi emergenziali adottati in un'ottica di *favor debitoris*, pare infatti aver superato, attraverso le numerose proroghe, quel ragionevole limite di tollerabilità imposto ai locatori, ormai da troppo tempo privati della possibilità di godere e disporre dei loro beni.

In tale prospettiva, come meglio si dirà in seguito, occorre interrogarsi circa l'effettiva portata di queste disposizioni, atteso che esse, pur avendo, astrattamente, natura processuale, finiscono per incidere in misura rilevante sull'assetto degli interessi privati determinati dai rapporti contrattuali, in maniera tale, forse, da eccedere la contingenza dettata dall'emergenza pandemica.

7. Le disposizioni di natura strettamente sostanziale

Oltre alle disposizioni di natura – astrattamente – processuale di cui si è detto nei paragrafi che precedono, il legislatore dell'emergenza ha adottato altresì norme che incidono invece direttamente sul piano sostanziale. Al riguardo viene in rilievo, quale norma di portata generale, l'art. 3, c. 6 *bis* del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6 (convertito con modificazioni nella L. 5 marzo 2020, n. 13), introdotto dall'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, secondo cui

⁶⁵ Per F. VALERINI, *Pandemia e sospensione dell'esecuzione sull'abitazione principale del debitore: seconda proroga incostituzionale*, in *Dir. e giust.*, 122, 2021, p. 1 si tratta di *“un principio questo che funzionerà da criterio guida che la Corte potrà utilizzare per altre questioni di costituzionalità sollevate con riferimento alle norme processuali dell'emergenza”*.

⁶⁶ In questo senso si veda l'Ordinanza di rimessione del Tribunale di Savona.

“il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”⁶⁷.

Il tenore letterale della disposizione risulta già di per sé idoneo ad escludere, in questo caso, a differenza di quanto accade nelle disposizioni di carattere processuale, una forma di tutela incondizionata accordata alla parte debitrice. Parallelamente, è evidente il maggior margine di apprezzamento che viene congruamente riservato in questa sede alla valutazione del giudice di merito.

Da un lato si ritiene infatti che, in assenza di diverse indicazioni, il creditore – privo di azioni nei confronti del debitore protetto dal comma 6-bis – possa avvalersi *dell’exceptio inadimpleti contractus* (art. 1460 c.c.) per sospendere l’esecuzione della propria prestazione, non potendosi far gravare su di lui tutte le conseguenze economiche dello stato emergenziale⁶⁸, così come invece avvenuto in ambito processuale.

Dall’altro lato la disposizione, riferendosi a quei debitori che si fossero trovati in crisi di liquidità a causa dell’osservanza delle misure di contenimento anti-covid⁶⁹, prevedeva in favore di questi una causa “emergenziale” di giustificazione⁷⁰, escludendo le sole conseguenze risarcitorie del mancato adempimento, senza tuttavia procedere né a qualificare la pandemia in termini di impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta⁷¹ né tantomeno a riconoscere altri possibili rimedi, anche conservativi, nel loro interesse, quali, ad esempio, l’introduzione di un dovere generale di rinegoziazione dei contratti, previsto invece da altri interventi emergenziali di tipo settoriale.

In specifiche disposizioni, infatti, il legislatore ha distintamente previsto che *“la sospensione delle attività sportive (...) è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, (...) quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell’assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle*

⁶⁷ Per V. PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contratti*, 2020, n. 3, p. 310, si tratta di una norma che non introduce alcun esonero automatico, *ex lege*, del debitore da responsabilità nel caso di inadempimento, ma si limita, al più, ad alleggerire il suo onere probatorio con riguardo alla non imputabilità della causa impossibilitante

⁶⁸ A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020.

⁶⁹ In quanto, ad esempio, titolari di attività commerciali obbligatoriamente chiuse durante il *lockdown*.

⁷⁰ A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, che parla di debitori “immuni” e ritiene che la norma potrebbe *“incidere sul quantum dei danni da risarcire al creditore, nel senso di escluderne dal risarcimento una parte più o meno significativa; in questo caso, [la norma] funziona come una causa di riduzione del danno, similmente, anche se ovviamente con presupposti del tutto differenti e con un’applicazione limitata al periodo emergenziale, a quelle di cui all’art. 1227 c.c.”.*

⁷¹ C. D’ARRIGO, *op. cit.*, p. 2065, parla di una “condizione di inesigibilità del credito” priva di una durata predefinita e non generalizzata a tutti i debitori dalla quale discende l’impossibilità per il creditore di domandare la risoluzione del rapporto per inadempimento, il mancato decorso interessi moratori, l’impossibilità per creditore di azionare il proprio diritto in sede esecutiva.

cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito” (art. 216, c. 3 del d.l. n. 34/2020) e che “ai sensi e per gli effetti dell’articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico stipulati” qualora sia impedita la circolazione o sia comunque inibita la fruizione del servizio a causa dell’emergenza epidemiologica (art. 88-bis, legge n. 27/2020).

La dottrina prevalente e la giurisprudenza di merito, nel tentativo di pervenire a soluzioni interpretative applicabili ai contratti non direttamente riconducibili a queste specifiche disposizioni, hanno conferito rilevanza alle clausole generali e, in particolare, al dovere di buona fede oggettiva di cui agli artt. 1175, 1366, 1375, 1460 c.c. La buona fede – intesa tanto in chiave integrativa, quanto in chiave valutativa⁷² – ha d’altronde trovato negli ultimi decenni un’applicazione progressivamente più estesa in giurisprudenza.

Sulla base di detto principio le soluzioni prospettate, ove il conduttore miri a conservare gli effetti del contratto⁷³, sono essenzialmente due: l’obbligo di rinegoziazione imposto alle parti contrattuali, anche dal giudice, e la possibilità, per la parte danneggiata, di proporre un’azione di riduzione del corrispettivo.

Va d’altra parte evidenziato come l’emergenza pandemica abbia inciso sui presupposti e sulle finalità economiche non solo di una categoria circoscritta di contratti, presi in esame dal legislatore, ma sulla quasi totalità di essi.

L’imperversare della pandemia costituisce infatti una sopravvenienza del substrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto dell’accordo negoziale⁷⁴, sicché, secondo taluni, non possono trovare applicazione, in simili circostanze, le regole del *rebus sic stantibus* e del *pacta sunt servanda*, invocabili soltanto qualora rimangano intatte le condizioni e i presupposti che i contraenti avevano considerato al momento della stipulazione del contratto.

⁷² La buona fede oggettiva è stata infatti letta dalla dottrina sia in funzione integrativa degli obblighi del creditore e del debitore tenuti a rispettare anche una serie indeterminata di condotte accessorie dettate dal dovere di correttezza (RODOTÀ), sia nella veste di parametro di valutazione del solo comportamento del creditore, finalizzato ad evitare abusi del diritto di quest’ultimo (NATOLI).

⁷³ In tali circostanze l’intento del conduttore non è generalmente quello di sciogliersi dal vincolo contrattuale attraverso il recesso dal contratto (art. 1373 c.c. e art. 27 L. 392/78) ovvero la risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità sopravvenuta, così come consentito dal Codice agli artt. 1256-1463 c.c. e 1467 c.c., quanto quello di conservare gli effetti del contratto medesimo, rimodulando i canoni dello stesso al fine di ricostituire il sinallagma secondo quanto originariamente pattuito. In tal senso V. PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 313, il quale evidenzia altresì che nel caso di recesso ex art. 27 L. 392/78 la situazione diviene ancora più gravosa per il debitore in quanto si richiede anche un preavviso di sei mesi durante i quali persiste il suo obbligo di corrispondere i canoni pattuiti.

⁷⁴ È lo stesso legislatore all’art. 216 c. 3 del decreto rilancio a definire la sospensione di talune attività in termini di “fattore di sopravvenuto squilibrio dell’assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione (...)”.

In siffatte ipotesi dovrebbe sorgere in capo alle parti, secondo questa tesi, l'obbligo di contrattare al fine di addivenire a un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell'alea normale, in ragione della clausola generale di buona fede e correttezza, che può essere utilizzata anche con funzione integrativa cogente⁷⁵.

Si tratta, a ben vedere, di una rinegoziazione finalizzata a ripristinare l'originario equilibrio contrattuale e a ridistribuire il rischio delle conseguenze negative derivanti dalla pandemia⁷⁶. Come argomenta parte della dottrina, d'altronde, se il conduttore fosse tenuto a corrispondere l'intero canone originariamente pattuito, pur non potendo esercitare la propria attività nell'immobile locato, il locatore beneficerebbe di un eccessivo vantaggio, continuando a percepire un canone che verosimilmente non otterrebbe più qualora l'immobile venisse locato durante il contesto pandemico⁷⁷.

In questo senso si è pronunciata anche parte della giurisprudenza di merito affermando che *“la crisi economica derivata dalla pandemia da Covid-19 e la conseguente chiusura forzata delle attività commerciali, in particolar modo quelle legate al settore della ristorazione, devono qualificarsi quale sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che impone, in base alla clausola generale di buona fede e correttezza, un obbligo delle parti di contrattare al fine di addivenire a un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell'alea normale”*⁷⁸. Nel caso di specie, peraltro, il Giudice si era spinto fino a ridurre in via equitativa i canoni di locazione, sostenendo che la previsione da parte del d.l. Cura Italia prima e del d.l. Rilancio poi, di un credito di imposta pari al 60% dell'importo del canone non fosse sufficiente a riportare in equilibrio il contratto⁷⁹.

⁷⁵ In questo senso in dottrina F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *Giust. civ. com.* e F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *Giust. civ. com.*, nonché M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea «grezza»*, in *www.diritto.bancario.it*, 23 aprile 2020.

⁷⁶ In questo senso, A.M. BENEDETTI, *Il “rapporto” obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; A.M. BENEDETTI, U. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www.diritto.bancario.it*, 25 marzo 2020; F. MACARIO, *op. cit.*, C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *www.giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, secondo cui la buona fede costituisce una *“clausola generale in grado di affidare al giudice una tecnica di governo delle vicende contenziose che dovessero essere originate, e che con ogni probabilità in effetti lo saranno, dalle conseguenze economiche dell'emergenza sanitaria”*, D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020.

⁷⁷ U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020.

⁷⁸ Tribunale Roma sez. VI, 27/08/2020, in Guida dir., 2020, 38, 34; in senso analogo Tribunale Lecce, sez. II 24 giugno 2021 in il caso.it.

⁷⁹ Si tratta, più precisamente, dell'articolo 65 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27 (c.d. “D.L. Cura Italia”) secondo cui *“al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa è riconosciuto, per l'anno 2020, un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1”*, integrato e sostituito dall'articolo 28 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. “DL Rilancio”). In tal senso anche Tribunale Lecce, sez. II 24 giugno 2021 in il caso.it, secondo cui *“le misure previste a livello statale volte a ridurre l'impatto finanziario della pandemia nelle attività produttive non sono sufficienti a riportare in equilibrio il contratto entro la sua normale alea, soprattutto in caso di perdite nette dei ricavi. In tale ipotesi deve ritenersi doveroso fare ricorso alla clausola generale di buona fede”*.

L'obbligo di rinegoziazione, definito da taluni come “*la strada maestra per salvaguardare il rapporto*”⁸⁰, merita due ulteriori riflessioni.

In primo luogo, il problema che si pone, una volta risolta la questione dell'ammissibilità in via astratta della rinegoziazione, resta quello delle modalità con cui attuarla. Occorre, invero, individuare i possibili contenuti del nuovo accordo, che, si sostiene, non potrebbe essere rimesso unicamente alla libera determinazione delle parti⁸¹, non potendosi altrimenti distinguere tra la rinegoziazione nell'ambito dell'emergenza sanitaria e qualsiasi altra negoziazione “*in cui vince il più forte*”⁸². Al riguardo, al di là dell'auspicata introduzione di parametri guida delle regole contrattuali sostitutive, occorre soffermarsi sul ruolo da attribuire al giudice. Quest'ultimo sarebbe titolare, secondo taluni, non di meri strumenti risarcitori, ma di veri e propri mezzi correttivi di riequilibrio del contratto inciso dalla pandemia⁸³.

In secondo luogo, ci si può interrogare sulle conseguenze del rifiuto del locatore di avviare le trattative per la ridefinizione del rapporto e sulla eventuale mala fede dello stesso nella conduzione di trattative già avviate. In tali ipotesi si ritiene che sia possibile per il conduttore una duplice alternativa. Egli potrà o, in via di autotutela, autoridursi il canone, ai sensi dell'art. 1460 c.c., ponendosi la rinegoziazione quale obbligo legislativamente imposto,⁸⁴ o sollecitare l'intervento del giudice al fine di ottenere una tutela risarcitoria.

Questa prima impostazione, fondata sull'obbligo di rinegoziazione, è stata, tuttavia, criticata da coloro che dubitano della possibilità di estendere il principio di buona fede al punto da considerarlo il fondamento del diritto alla rinegoziazione, anche giudizialmente imposto.

Si afferma infatti che, in ossequio al brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, non si possa estendere un generale obbligo di rinegoziazione a fattispecie non contemplate dal legislatore, laddove quest'ultimo abbia provveduto espressamente in tal senso nelle sole specifiche disposizioni sopra richiamate.

e solidarietà sancito dall'art. 2 della Carta costituzionale, con obbligo delle parti di addivenire a nuove trattative al fine di riportare il contratto entro i limiti della normale alea”.

⁸⁰ M. RABITTI, *op. cit.*

⁸¹ A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020.

⁸² D. MAFFEIS, *op. cit.*

⁸³ A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione*, cit., il quale ritiene che l'intervento conformativo del giudice delle condizioni sostitutive del contratto originario sia necessario per la reale credibilità dello strumento della rinegoziazione, aprendo altresì alla rinegoziazione assistita per via extragiudiziale, mediante la previsione di apposite strutture di risoluzione delle crisi di contratti post pandemia. In senso contrario parrebbe invece porsi la proposta dell'associazione dei Civilisti Italiani che, riprendendo il DDL Senato 1151, di delega al Governo per la revisione del codice civile, ha auspicato l'introduzione dell'art. 1468 bis c.c. il quale “*consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali*” senza tuttavia affidare al giudice il potere di determinare le nuove condizioni. La nuova proposta ritiene infatti che al giudice siano affidati compiti meramente risarcitori.

⁸⁴ Secondo A.M. BENEDETTI, U. NATOLI, *op. cit.*, il conduttore potrebbe invocare l'art. 1460 c.c. sia se il locatore rifiutasse la rinegoziazione, sia se la stessa non sfociasse in un esito modificativo delle condizioni contrattuali.

A ciò si aggiunge che la rinegoziazione altro non è che un contratto: l'art. 1321 c.c. stabilisce infatti che il contratto è l'accordo diretto a costituire, "regolare" o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale, sicché sarebbe impensabile un obbligo di rinegoziazione (*rectius* un obbligo di stipulazione del contratto) in ossequio al principio fondamentale di libertà negoziale.

Escluso dunque tale obbligo, questo secondo filone ammette un'azione generale di riduzione delle reciproche prestazioni fondata sull'inesigibilità sopravvenuta della prestazione nei modi e nei tempi stabiliti al momento della stipulazione del contratto. In questo senso viene in rilievo la buona fede come parametro valutativo, non potendo il creditore richiedere, l'adempimento della prestazione, pur astrattamente legittimo, laddove questo risulti sproporzionato rispetto agli equilibri contrattuali originariamente pattuiti. A tale domanda di *reductio ad aequitatem*, seguirebbe l'intervento equitativo del giudice ai sensi dell'art. 1374 c.c. che tenga conto dei principi di correttezza e buona fede⁸⁵.

La possibilità di ottenere una riduzione dei canoni trova peraltro riconoscimento anche nell'art. 1635 c.c. che prevede una riduzione del fitto, determinata alla fine dell'affitto, eseguito il conguaglio con i frutti raccolti in tutti gli anni decorsi, nonché la possibilità per il giudice di "*dispensare provvisoriamente l'affittuario dal pagamento di una parte del fitto in proporzione della perdita sofferta*". Anche quest'ultimo rimedio cautelare della sospensione dell'obbligo di adempimento potrebbe, secondo questo orientamento, trovare applicazione analogica nelle controversie locative influenzate dal Covid.

Alla medesima conclusione (riduzione del canone) si giungerebbe, poi, secondo altra parte della giurisprudenza e della dottrina, qualificando la fattispecie in termini di impossibilità parziale temporanea. Si potrebbe infatti sostenere che, poiché la pandemia e i relativi provvedimenti contenutivi hanno inciso sulla prestazione di *facere* del locatore⁸⁶, limitandola, si sia verificata una sorta di risoluzione parziale del rapporto che consente al conduttore di domandare una riduzione dei canoni in proporzione alla parte di controprestazione inutilizzabile⁸⁷. In tale maniera, dunque, la parte debitrice avrebbe la facoltà di ottenere, *ex art.* 1464 c.c., una riduzione del canone destinata a cessare nel momento in cui la prestazione della parte locatrice potrà tornare a essere integralmente eseguita.

In questo senso si fa riferimento a una pronuncia del Tribunale di Roma, che riconoscendo la sussistenza di una impossibilità della prestazione, allo stesso tempo parziale e tempora-

⁸⁵ V. PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 322; G. VERTUCCI, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del Coronavirus: prime riflessioni*, in *www.ilcaso.it*, 24 aprile 2020.

⁸⁶ Ad essere resa parzialmente impossibile non è *tout court* la prestazione del locatore di mettere a disposizione del conduttore l'immobile *ex art.* 1575 c.c., prestazione che resta sempre possibile anche durante l'emergenza pandemica, quanto l'utilizzabilità di detta prestazione. Come affermato da V. PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 316 la pandemia ha reso infatti la prestazione del locatore "*priva della capacità di assolvere alla propria funzione concreta, ovvero la messa a disposizione dei locali per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale o professionale*" determinando una "*alterazione del sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta*".

⁸⁷ V. PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 318; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *www.giustizia-civile*, 27 aprile 2020.

nea, ha stabilito la riduzione dell'obbligo del conduttore di corrispondere il canone, fino al momento in cui la prestazione del locatore avrebbe potuto essere nuovamente eseguita⁸⁸. Giova peraltro evidenziare che, sulla base di tale istituto, il diritto alla riduzione del corrispettivo opererebbe non solo in via di azione, ma anche di eccezione, sicché, a fronte della richiesta di pagamento da parte del locatore, il conduttore potrebbe dedurre l'impossibilità parziale della prestazione di quest'ultimo e richiedere, oltre al rigetto della domanda, una riduzione del canone⁸⁹.

8. Conclusioni. La normativa emergenziale tra tutela della salute ed equilibrio contrattuale: eterogenesi dei fini?

Dopo aver così ricostruito il quadro normativo emergenziale, ci si deve domandare se la finalità perseguita con l'adozione delle disposizioni sostanziali e processuali gradualmente introdotte coincida realmente con gli effetti e le conseguenze concretamente derivanti dalle medesime.

Se, da un lato, non paiono sorgere dubbi sul punto per quanto concerne le disposizioni di carattere processuale adottate all'inizio della pandemia e per quelle dichiaratamente sostanziali, lo stesso non può dirsi per le misure in tema di sospensione delle procedure esecutive e degli ordini di liberazione conseguenti alla convalida degli sfratti.

In relazione alle disposizioni processuali relative alla sospensione dei termini e alla celebrazione delle udienze in via telematica o con contraddittorio scritto, occorre infatti rilevare come la *ratio* sia stata esclusivamente quella di limitare la diffusione del virus ed essa è risultata perfettamente corrispondente agli effetti realmente prodotti. La sospensione dei termini, il rinvio delle udienze e la previsione di alternative modalità di svolgimento delle

⁸⁸ Tribunale Roma, sez. V, 25/07/2020, in *Redazione Giuffrè, 2020*, secondo cui "in tema di ottenimento della riduzione del canone di locazione di un immobile adibito a negozio e magazzino durante il periodo di lock-down per l'emergenza da Covid 19, in applicazione combinata sia dell'articolo 1256 c.c. (norma generale in materia di obbligazioni) e dell'articolo 1464 c.c. (norma speciale in materia di contratti a prestazioni corrispettive), vi è una (del tutto peculiare) ipotesi di impossibilità della prestazione della resistente allo stesso tempo parziale (perché la prestazione della resistente è divenuta impossibile quanto all'obbligo di consentire all'affittuario, nei locali aziendali, l'esercizio del diritto di svolgere attività di vendita al dettaglio, ma è rimasta possibile, ricevibile ed utilizzata quanto alla concessione del diritto di uso dei locali, e quindi nella più limitata funzione di fruizione del negozio quale magazzino e deposito merci) e temporanea (perché l'inutilizzabilità del ramo di azienda per la vendita al dettaglio è stata ab origine limitata nel tempo, per poi venir meno dal 18 maggio 2020). La conseguenze di tale vicenda sul contratto non sono dunque né solamente quelle della impossibilità totale temporanea (che comporterebbe il completo venir meno del correlato obbligo di corrispondere la controprestazione, né quelle della impossibilità parziale definitiva (che determinerebbe, ex art. 1464, una riduzione parimenti definitiva del canone): trattandosi di impossibilità parziale temporanea, il riflesso sull'obbligo di corrispondere il canone sarà dunque quello di subire, ex art. 1464 c.c. una riduzione destinata, tuttavia, a cessare nel momento in cui la prestazione della resistente potrà tornare ad essere compiutamente eseguita.

⁸⁹ A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per "misure di contenimento" pandemico*, in *www.ilcaso.it*, 20 aprile 2020.

stesse, hanno consentito di ridurre significativamente le occasioni di incontro fra le persone e di tutelare, in tal modo, la salute pubblica, evitando ulteriori contagi.

Parimenti risultano limpide le ragioni giustificatrici e le conseguenze derivanti dalle misure di carattere sostanziale di cui si è detto. Lo scopo di questa seconda tipologia di disposizioni è stato, evidentemente, quello di evitare che i debitori subissero in via unilaterale gli effetti negativi di impedimenti e ostacoli non imputabili alla loro sfera di rischio. Si tratta, a ben vedere, di inadempimenti riconducibili all'emergenza, indipendenti dal dolo o dalla colpa del debitore, in quanto derivanti dalla necessità di rispettare le misure di contenimento della pandemia, misure che hanno reso impossibile la diligente esecuzione della prestazione.

Attraverso tali disposizioni, tuttavia, alla parte debitrice, considerata, per le ragioni appena illustrate, contrattualmente più "debole", il legislatore non ha accordato una tutela assoluta, come è invece avvenuto con la normativa processuale relativa alla sospensione delle procedure esecutive e dell'esecuzione degli sfratti.

Da un lato, infatti, il novero dei beneficiari è stato circoscritto soltanto a coloro che, a causa dell'osservanza delle misure di contenimento, non sono stati in grado di eseguire la prestazione oggetto della loro obbligazione, sicché l'esclusione delle conseguenze risarcitorie non è estensibile alla posizione di coloro che sono stati comunque colpiti, più in generale, dalla crisi finanziaria generata dalla pandemia. Per questi ultimi, dunque, l'inadempimento deve continuare a essere qualificato come ingiustificato e imputabile.

Dall'altro lato, tali disposizioni riservano un giusto margine di apprezzamento del caso concreto al giudice di merito, evitando automatismi applicativi. Il comma 6-bis, infatti, fa espressamente riferimento alla "valutazione" del giudice a cui è consentito, alternativamente, di ritenere che il rispetto delle misure escluda completamente la responsabilità del debitore ovvero di valutare che lo stesso incida sul *quantum* dei danni da risarcire al creditore, operando alla stregua di una causa di riduzione del danno risarcibile.

Sorgono, per contro, talune perplessità con riguardo alle altre disposizioni dichiaratamente processuali e precisamente agli articoli 54-ter e 103, c. 6 del d.l. 18 del 2020, rispetto ai quali la *ratio* programmaticamente descritta non pare corrispondere pienamente con gli effetti poi realmente determinati sul piano sostanziale.

Invero le plurime reiterazioni delle misure consentono di affermare che lo scopo di tali disposizioni non possa più rinvenirsi nella mera esigenza di fronteggiare esigenze transitorie legate al progredire della pandemia, ma vada identificato, piuttosto, nella volontà di tutelare in maniera incondizionata una determinata categoria di soggetti, incidendo anche su aspetti sostanziali.

Per quanto concerne l'art. 54-ter, più precisamente, il legislatore oltre a non aver riservato al giudice alcun margine di valutazione, non ha neppure previsto adeguati criteri selettivi, né in ordine all'individuazione degli atti del processo esecutivo suscettibili di sospensione, né rispetto alla perimetrazione degli effettivi beneficiari nell'ambito dell'ampio *genus* dei debitori, così mutuando la natura dell'intervento normativo, che da disposizione emergenziale ha assunto il carattere di vera e propria misura assistenziale a favore della generalità

dei debitori eseguiti, a prescindere da qualsiasi valutazione circa la riferibilità della posizione debitoria alle conseguenze della pandemia.

Del tutto analogamente, con riguardo all'art. 103, c. 6, il legislatore ha escluso ogni possibilità di valutazione comparativa del giudice in merito alle condizioni economiche delle parti, accordando una tutela incondizionata al conduttore e impedendo in tal modo ai locatori di ottenere nuovamente la disponibilità dell'immobile di loro proprietà. Ne consegue, con ogni evidenza, che tale intervento ha di fatto inciso in misura significativa sul piano sostanziale, intervenendo sull'equilibrio delle posizioni delle parti e tutelando in via unilaterale e incondizionata una sola di esse a danno dell'altra, a prescindere, anche in questo caso, da qualsiasi valutazione circa la riconducibilità della situazione di morosità all'emergenza pandemica.

È, in tal senso, dunque, che si può parlare di una sorta di "eterogenesi dei fini". Le misure in questione, pur essendo state originariamente concepite come disposizioni processuali connotate da carattere temporalmente limitato, hanno finito per produrre i loro effetti soprattutto sul piano sostanziale, incidendo in misura rilevante sull'assetto degli interessi privati determinato nell'ambito del contratto liberamente concluso dalle parti.

In tal modo, allora, a fronte della dichiarata volontà legislativa di contenere le conseguenze della pandemia, si è, piuttosto, venuto a produrre il diverso effetto di riconoscere generalizzati e aprioristici privilegi a intere categorie di soggetti, peraltro particolarmente eterogenee, a danno di altre, parimenti composite, determinando così, per l'appunto, un'eterogenesi dei fini.

Le Conseil constitutionnel valide la structure fondamentale du « passe sanitaire »: quelques réflexions sur la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021*

[Conseil constitutionnel, Déc. n° 2021-819 DC du 31 mai 2021]

Giorgio Grasso** e Maria Kordeva***

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. La protection de la santé : un objectif de valeur constitutionnelle qui doit être balancé avec les droits et les libertés constitutionnellement garantis ou un objectif constitutionnel (devenu) suprême en conséquence de la crise sanitaire du Covid-19 ? – 3. Le passe sanitaire validé par le Conseil constitutionnel : de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021 à la décision n. 2021-824 DC du 5 août 2021. – 4. Sur la mise en balance (impossible) entre la protection contre le Covid-19 et l’atteinte à l’exercice des libertés fondamentales. – 5. Conclusion et perspectives de droit allemand et italien.

ABSTRACT:

La decisione del *Conseil constitutionnel*, oggetto di questo commento, ha dichiarato conforme alla Costituzione francese la disciplina sostanziale del c.d. “passe sanitaire”, introdotto nella legislazione transalpina dalla legge n. 2021/689 del 31 maggio 2021, in coerenza con la regolamentazione

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Cet article est fruit d’une discussion commune et d’un échange de différents points de vue entre les deux auteurs : toutefois Giorgio Grasso a écrit les paragraphes n. 1, 2 et 3, et Maria Kordeva a écrit le paragraphe n° 4 et les deux auteurs ont écrit le paragraphe n° 5. Le texte français a été relu et corrigé par Maria Kordeva. Pour contacter les auteurs : giorgio.grasso@uninsubria.it.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi dell’Insubria.

*** Docteur en droit public, Collaboratrice scientifique, Chaire de droit public français de Université de la Sarre.

europea del certificato verde digitale, rigettando anche altre questioni di costituzionalità sollevate dai ricorrenti su ulteriori disposizioni della legge impugnata. Il contributo, non senza qualche rilievo critico sul difficile bilanciamento compiuto dal giudice costituzionale francese tra l'obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute e i diritti e le libertà fondamentali garantiti ai cittadini francesi, potenzialmente lesi dal *passé sanitaire*, prende anche in esame la successiva decisione n. 2021/824 DC del 5 agosto 2021, con cui il *Conseil constitutionnel* ha rigettato la maggior parte delle doglianze mosse contro la più estesa disciplina del *passé sanitaire*, realizzata dalla legge del 25 luglio 2021 di modifica della legge del 31 maggio 2021, con un cenno, infine, alla recentissima decisione n. 2021-828 DC del 9 novembre 2021.

*The decision n. 2021/819 DC of 31 Mai 2021 of the French Constitutional Council declared that the regulation of the *passé sanitaire* (introduced by Law no. 2021/689 of 31st May 2021, in line with the European Regulation of the digital green certificate) complies with the French Constitution and rejected other questions of constitutionality raised by the applicants on further provisions of the challenged law. The contribution exposes some critical remarks on the difficult balance made by the French constitutional judge between the objective of constitutional value of the protection of health and the respect of the rights and freedom recognized for all persons who live in the territory of the French Republic, potentially affected by the *passé sanitaire*. It also examines the subsequent decision no. 2021/824 DC of 5th August 2021, in which the French Constitutional Council rejected most of the questions about the law of 25th July 2021 that, amending the law of 31st May 2021, extended the application of the *passé sanitaire*. The work concludes with brief notes on the decision no. 2021-828 DC of 9th November 2021.*

1. Introduction

Le 31 mai 2021, le Conseil constitutionnel a rendu une décision attendue qui portait sur la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, adoptée le 25 mai 2021 par l'Assemblée nationale et le 27 mai 2021 par le Sénat (loi n. 2021/689 du 31 mai 2021), en répondant à une saisine parlementaire formée par 70 députés appartenant aux groupes parlementaires de gauche Socialistes et apparentés, La France Insoumise et la Gauche Démocrate et Républicaine.

La décision du Conseil constitutionnel, accompagnée d'une réserve qui ne change pas de manière radicale le sens de son raisonnement, valide les dispositions de la loi litigieuse.

Le raisonnement du juge constitutionnel français soulève quelques interrogations qui feront l'objet de la présente contribution et qui concernent : a) le fait que seulement le législateur peut procéder à balancer l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et des libertés constitutionnellement garantis (paragraphe 2) ; b) l'utilisation du « *passé sanitaire* » pour accéder à certains lieux, établissements ou événements (paragraphe 3 et 4) ; c) la conciliation entre l'enregistrement et la sauvegarde de données personnelles en vue de lutter contre le Covid-19 et le droit au respect de la vie privée (paragraphe 4).

Enfin (paragraphe 5), on essayera de réaliser quelques observations comparatives mettant en exergue les problèmes que la décision du Conseil constitutionnel laisse sans réponse satisfaisante et les difficultés causées par l'épidémie en Allemagne et en Italie.

2. La protection de la santé : un objectif de valeur constitutionnelle qui doit être balancé avec les droits et les libertés constitutionnellement garantis ou un objectif constitutionnel (devenu) suprême en conséquence de la crise sanitaire du Covid-19 ?

Sur l'élan de toute sa jurisprudence sur le Covid-19¹, le Conseil constitutionnel a confirmé qu'il appartient seulement au législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, prévu aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé »), et le respect des droits et des libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République. Il s'agit, dans le cas spécifique de la décision que nous sommes en train de commenter, de la liberté d'aller et de venir, de la liberté d'entreprendre et de la liberté de réunion, selon le point 7 de la décision, et du droit au respect de la vie privée, selon le point 24 de la décision. Cet équilibre est le fruit d'un pouvoir général d'appréciation du législateur, qui peut être partiellement comparé à ce que la Cour constitutionnelle italienne appelle le pouvoir discrétionnaire du législateur (« discrezionalità legislativa del Parlamento »), qui ne peut pas être remis en cause par le Conseil constitutionnel à moins que cette évaluation du Parlement ne soit pas manifestement inadéquate. À cet égard la Cour constitutionnelle italienne parle plutôt de « manifesta irragionevolezza », mais son contrôle est plus pénétrant et touche aussi la « ragionevolezza » tout court des choix politiques du législateur². Pour les mêmes motifs énoncés dans la décision n. 2020-803 DC du 9 juillet 2020, concernant la loi

¹ À partir de la décision n. 2020-803 DC du 9 juillet 2020, expressément mentionnée au point 9 de la décision objet de ce commentaire, sur laquelle on peut voir les commentaires de M. VERPAUX, *Le déconfinement partiel devant le Conseil constitutionnel*, in *AJDA*, n. 39/2020, 23 novembre 2020, 2276 et s. et de J.P. DEROSIER, *Identification d'un mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire*, in *Conseil constitutionnel, Titre VII*, numéro 5 – octobre 2020, *Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques*, 103 et s.

² Sur ce point, très étudié par les constitutionnalistes italiens, il suffit de voir J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. XII, Torino, 1997, 341 et s., 360-361 et *passim*. Également la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne exerce sur le pouvoir d'appréciation du législateur un contrôle plus approfondi que celui du Conseil constitutionnel, notamment grâce à l'emploi du principe de proportionnalité : sur ces rapports entre *Bundesverfassungsgericht* et choix du législateur, voir toujours dans la doctrine italienne J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., 345 et G. DELLEDONNE, *Giurisdizione costituzionale e politica nella Repubblica di Karlsruhe*, in *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*. Vol. II. *Dialoghi esemplari: le esperienze straniere* (éditeurs : D. Butturini et M. Nicolini), Bologna, 2017, 31 et s.

organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, et donc en raison de la proportionnalité, de la pertinence, du caractère approprié des mesures législatives adoptées et en outre de la possibilité de former un recours devant le juge administratif, le Conseil constitutionnel a affirmé que « le législateur a procédé à une conciliation équilibrée » entre les différentes exigences constitutionnelles qui étaient en jeu³. Toutefois, tant dans la décision précitée que dans la jurisprudence du Conseil en matière de Covid-19, l'équilibre atteint entre la protection de la santé et la jouissance des libertés et des droits constitutionnels semble rester « précaire »⁴. La recherche de cet équilibre ne peut jamais être définitive en raison de la situation d'urgence à l'évolution imprévisible que nous vivons depuis mars 2020, mais aussi parce que le Conseil constitutionnel, dans sa réponse à la question de savoir si une disposition de loi qui lui est déférée est ou non conforme à la Constitution, n'opère qu'un contrôle restreint et il s'arrête sur le caractère manifestement disproportionné de la loi. Il n'exerce pas vraiment « un véritable contrôle de nécessité », capable de démontrer que le législateur aurait pu adopter, pour poursuivre le même objectif de valeur constitutionnelle, des mesures par exemple moins attentatoires à une liberté constitutionnelle⁵.

L'état d'urgence sanitaire, l'organisation et la gestion de la sortie de l'état d'urgence sanitaire, selon les différentes dénominations utilisées par le législateur, ont demandé au Conseil constitutionnel de rendre des décisions qui ont été considérées comme « extraordinaires »⁶ et qui forcément se distinguent « par un regard moins strict quant à la garantie des droits et des libertés »⁷. Il semble indubitable qu'en France, comme en Italie, la balance et la conciliation faits par le législateur et validés par le juge constitutionnel ont justifié un point d'équilibre très problématique, dans lequel la protection de la santé a eu presque toujours la priorité, surtout dans certains moments plus critiques d'une crise sanitaire vraiment exceptionnelle pour le monde entier. Est-ce qu'on peut aussi soutenir que cet objectif constitutionnel prioritaire est devenu en réalité un objectif constitutionnel suprême, capable d'évincer de façon tyrannique tous les droits et libertés fondamentaux des citoyens ? Selon une certaine doctrine française, à la suite d'une décision ultérieure du Conseil constitutionnel concernant le passe sanitaire et qui sera rapidement examinée dans le paragraphe suivant (la décision n. 2021-824 DC du 5 août 2021), il faut plutôt parler d'un « principe cardinal qui justifie des restrictions exceptionnelles, tant que les libertés sont garanties », et il faut souligner que « la protection de la santé ne prime pas toutes les

³ Il semble que le Conseil constitutionnel a utilisé la même prudence, déjà mise en évidence à propos de la décision n. 2020-803 DC du 9 juillet 2020, par M. VERPAUX, *Le déconfinement partiel devant le Conseil constitutionnel*, cit., 2278.

⁴ Voir toujours M. VERPAUX, *Le déconfinement partiel devant le Conseil constitutionnel*, cit., 2277.

⁵ Sur ce point voir S. BENZINA, *La « petite » décision du Conseil constitutionnel relative au « pass sanitaire »*, in https://blog.leclubdesjuristes.com/la-petite-decision-du-conseil-constitutionnel-relative-au-pass-sanitaire-par-samy-benzina/?fbclid=IwAR25ADL_NDWaHA16I9HMGtH5wkUtlrcHb_gltmgZAJMy6AiBHx6E6MqW0, 3.

⁶ Voir J.P. DEROSIER, *Identification d'un mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire*, cit., 99.

⁷ Voir J.P. DEROSIER, *Identification d'un mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire*, cit., 99.

règles constitutionnelles »⁸. Pour soutenir cette opinion ils ont été valorisés le caractère temporaire des restrictions des libertés⁹ et certaines censures d'inconstitutionnalité et réserves prononcées par le Conseil constitutionnel¹⁰, le long d'une jurisprudence sur la crise du Covid-19 désormais consolidée. Une crise sanitaire infinie comme celle du Covid-19 démontre d'ailleurs que faire confiance à la nature provisoire de dispositions législatives n'est pas rassurant, parce que la réalité des choses, en France, comme en Italie, a été celle de prolonger, proroger et renouveler tous délais et mesures de restriction de l'exercice des droits fondamentaux initialement prévus par la loi¹¹. Tandis que à côté des censures qui ont déclaré contraires à la Constitution certaines dispositions de lois, les réserves d'interprétation formulées dans les motifs des décisions du Conseil constitutionnel¹² ont représenté (et continuent à représenter) un utile (et ultime) bastion pour empêcher les dérives absolutistes de l'objectif de protection de la santé. Naturellement c'est le Conseil constitutionnel qui va choisir, au cas par cas, quelle réserve d'interprétation utiliser (neutralisante, constructive, directive)¹³, avec une gradation de verdicts qui sans toucher le « pouvoir général d'appréciation » du Parlement, affirmé une fois de plus dans la décision objet de ce commentaire, peut toutefois essayer de restreindre le champ d'application et le contenu d'une disposition législative.

3. Le passe sanitaire validé par le Conseil constitutionnel : de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021 à la décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021

La loi déferée devant le Conseil constitutionnel a accordé au Premier ministre le pouvoir de conditionner, par décret, « l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels à la présentation soit du résultat d'un examen

⁸ Voir P. DEROSIER, dans l'interview de A. LE CORRE, *Passe sanitaire : « La protection de la santé est devenu un principe cardinal pour le Conseil constitutionnel »*, in <https://www.lefigaro.fr/vox/societe/passe-sanitaire-la-protection-de-la-sante-est-devenu-un-principe-cardinal-pour-le-conseil-constitutionnel-20210805>, 4.

⁹ Une « condition essentielle », limiter dans le temps les mesures adoptées, selon l'EDITORIAL, *Passe sanitaire : le droit, rien que le droit*, in *Le Monde*, 6 août 2021, in https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/08/06/passe-sanitaire-le-droit-rien-que-le-droit_6090727_3232.html, 2.

¹⁰ Voir encore P. DEROSIER, dans l'interview de A. Le Corre, *Passe sanitaire : « La protection de la santé est devenu un principe cardinal pour le Conseil constitutionnel »*, cit., 4.

¹¹ Sur ce point il suffit de voir l'*Etude d'impact sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire du 27 avril 2021*, en particulier 11 et s.

¹² Sur l'utilisation de la technique de la conformité sous réserve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant le Covid-19, voir aussi, dans un premier commentaire de la décision du 5 août, P. COSTANZO, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, in *Consulta Online*, 6 agosto 2021, III.

¹³ Voir pour tous F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 42e édition 2021-2022, L.G.D.J., Paris, 2021, 852.

de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la Covid19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la Covid19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la Covid19 », c'est-à-dire les trois catégories d'attestation qui de façon alternative constituent ce qui est appelé le « passe sanitaire ».

Ce dispositif a été mis en place en France, comme dans d'autres États membres de l'Union européenne, en cohérence avec les prévisions du projet du Règlement européen sur le certificat vert numérique (le futur Règlement (UE) 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021, relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats Covid-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat Covid numérique de l'UE) afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de Covid-19, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2021)¹⁴. En conséquence, selon le projet de la loi relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire du 27 avril 2021, le passe sanitaire avait été pensé seulement pour conditionner les déplacements « à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse ou de l'une des collectivités mentionnée à l'article 72-3 de la Constitution » (les territoires d'outre-mer). Toutefois avec un amendement introduit par le Gouvernement quelques jours après l'adoption du projet de loi en Conseil des ministres, la nature initialement très souple du document, destiné à faciliter, comme le modèle européen, l'exercice de la liberté de circulation¹⁵, a été durcie pour conditionner également l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements et donc à influencer certains aspects d'autres libertés, comme la liberté de réunion ou le droit au respect de la vie privée.

Le Conseil constitutionnel a rejeté tous les griefs qui touchaient soit à la procédure d'adoption de cet article de la loi, soit aux conditions d'application du dispositif. D'une part, l'utilisation d'un amendement présenté « seulement cinq jours » après approbation du projet de loi initial par le Conseil des ministres, pour introduire un des points essentiels de la loi, objet de débats « depuis plusieurs mois à l'échelle européenne pour la définition du certificat vert européen »¹⁶, avait permis, selon les députés auteurs de la saisine, de contourner les obligations procédurales de présentation d'une étude d'impact et d'obtenir l'avis du Conseil d'État, prévues par l'article 39 de la Constitution, concernant la délibération des lois en Conseil des ministres, et par l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, relative à l'application de cette disposition constitutionnelle. Toutefois, le Conseil constitutionnel a répondu sèchement que ces obligations sont imposées seulement pour les projets de loi

¹⁴ Voir l'*Etude d'impact sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire du 27 avril 2021*, cit., 36 et Conseil d'Etat, *Avis sur un projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, 21 avril 2021, 5.

¹⁵ Sur le certificat vert numérique européen, voir par exemple G. GRASSO, « *Certificato verde digitale* », « *Passaporto vaccinale* » e *diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 231 et s.

¹⁶ Voir pour les deux citations entre guillemets le *Recours devant le Conseil constitutionnel sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 27 mai 2021, 6.

et non pour les amendements aux mêmes projets de loi¹⁷. D'autre part, les deux notions de « grand rassemblement de personnes » et d' « activité de loisirs » étaient, selon les requérants, imprécises et non clairement définies par la loi car elle aurait dû fixer « le seuil de fréquentation minimale au-delà duquel le passe sanitaire pourrait être mis en œuvre »¹⁸, sans laisser entièrement cette modalité au pouvoir réglementaire du Gouvernement. Aussi la précision, très utile, introduite par le Sénat, selon laquelle « cette réglementation est appliquée en prenant en compte une densité adaptée aux caractéristiques des lieux, établissements ou événements concernés, y compris à l'extérieur, pour permettre de garantir la mise en œuvre de mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus », n'était pas considérée comme suffisante afin d' « identifier le seuil à partir duquel le dispositif sera applicable »¹⁹. Enfin, les requérants avaient demandé au Conseil constitutionnel d'adopter, au moins, « si la disposition visée ne devait pas être déclarée contraire à la Constitution », une « réserve d'interprétation s'agissant d'un accès libre et gratuit à la vaccination comme aux textes virologiques durant toute sa durée d'application »²⁰.

Mais, pour le Conseil constitutionnel, le législateur « n'avait pas à déterminer un seuil minimal chiffré », en prévoyant « l'application des dispositions contestés aux cas où il est envisagé de mettre en présence simultanément un nombre important de personnes en même lieu », et, avec la précision concernant la « densité » déjà citée, « il appartiendra au pouvoir réglementaire de prendre en compte les conditions effectives d'accueil du public »²¹. Quant à la notion d'activité de loisirs, elle a été considérée par le Conseil constitutionnel « ni imprécise ni ambiguë » et capable de se distinguer facilement de l'activité politique, syndicale ou culturelle²². Cependant, on peut observer qu'« un nombre important de personnes » reste une expression un peu trop indéterminée et qu'indiquer une jauge de participants à l'extérieur et à l'intérieur aurait pu être plus opportun pour mieux orienter le pouvoir réglementaire²³. De plus, le Conseil constitutionnel a pu souligner que les dispositions

¹⁷ Point 15 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

¹⁸ Voir le *Recours devant le Conseil constitutionnel sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, cit., 7.

¹⁹ Voir le *Recours devant le Conseil constitutionnel sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, cit., 7.

²⁰ Voir le *Recours devant le Conseil constitutionnel sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, cit., 9.

²¹ Point 17 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

²² Point 18 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

²³ Le décret n. 2021-699 du 1er juin 2021, modifié par le décret n. 2021-724 du 7 juin et pris en application de la loi, avait fixé ce seuil à 1.000 personnes, mais le décret n. 2021-955 du 19 juillet 2021 a abaissé ce chiffre pivot à 50 personnes. Deux ordonnances du Conseil d'État du 26 juillet 2021 (recours n. 454754 M.B... et autres et 454792, 454818 SACD et autres) ont toutefois rejeté les demandes de suspension de l'exécution du décret du 19 juillet, en fondant la légitimité de l'abaissement du seuil d'application du passe sanitaire à 50 personnes – seuil qui difficilement peut être qualifié de grand rassemblement au sens de la loi n. 2021/689 du 31 mai 2021 – sur les « circonstances exceptionnelles liées à la reprise de l'épidémie » et surtout sur le fait qui devait intervenir « à très court terme une modification de la loi du 31 mai 2021 afin notamment de (...) supprimer la limitation de l'utilisation du passe sanitaire aux seuls grands rassemblements ».

contestées ne se réfèrent ni aux conditions d'obtention du dispositif du passe sanitaire, « ni au caractère payant ou non des actes donnant lieu à la délivrance » de ce dispositif : pour cette raison il n'y a sur ce point aucun problème de conformité à la Constitution, lié à une éventuelle « différence de traitement inconstitutionnelle entre les personnes »²⁴. Grâce au feu vert donné par la décision du 31 mai 2021, le législateur a fortement élargi dans les semaines suivantes les cas dans lesquels le Premier ministre peut utiliser le passe sanitaire, finalement mentionné de façon explicite dans le texte de la loi modifié, même si dans une disposition secondaire²⁵ ; en conséquence ce dispositif doit être utilisé désormais pour pouvoir accéder à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées des activités de loisirs, de restauration commerciale ou de débit de boissons ; pour accéder à foires, séminaires et salons professionnels ; pour accéder, sauf en cas d'urgence, aux services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, pour les seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements ainsi que pour celles qui y sont accueillies pour des soins programmés ; pour effectuer les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux ; pour accéder à certains grands magasins et centres commerciaux. Pour assurer un respect effectif de ces limitations, sous peine d'une sanction initialement administrative mais qui peut devenir pénale, il est imposé à l'exploitant d'un lieu ou d'un établissement ou au professionnel d'un événement de contrôler la détention du passe sanitaire par les personnes qui souhaitent y accéder. La loi en outre a instauré une obligation de présentation du passe sanitaire pour tous les salariés et agents publics travaillant dans certains lieux et établissements, en prévoyant que l'absence de présentation de ce document puisse constituer un motif de suspension de la relation de travail, pour tous les travailleurs intéressés, et de rupture des seuls contrats à durée déterminée ou de mission ; enfin toujours la loi a prévu la possibilité de punir avec une sanction pénale de trois ans d'emprisonnement le refus par un étranger de se soumettre aux obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement dont il fait objet, et elle a établi que les personnes faisant l'objet d'un test positif à la Covid-19 ont l'obligation, sous peine d'une sanction pénale, de se placer à l'isolement pour une durée non renouvelable de dix jours dans le lieu d'hébergement qu'elles déterminent.

». La loi adoptée le 25 juillet 2021, objet de la décision du Conseil constitutionnel n. 2021-824 DC du 5 août 2021, qui sera rapidement examinée, a supprimé dans le texte de la loi du 31 mai 2021 toute référence aux « grands rassemblements de personnes ». Sur le décret n. 2021-955 du 19 juillet 2021 voir de façon très critique S. SLAMA, *Les impasses juridiques du pass sanitaire*, in <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/billet-dhumeur-les-impasses-juridiques-du-pass-sanitaire/>.

²⁴ Point 20 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

²⁵ Voir en particulier l'article 11 de la loi adoptée le 25 juillet 2021 : « Jusqu'au 31 octobre 2021, le Gouvernement remet au Parlement une évaluation hebdomadaire de l'impact économique de l'extension du *passe sanitaire* aux activités mentionnées au I de l'article 1er de la présente loi, en intégrant notamment une évaluation de la perte de chiffre d'affaires liée à l'application de ces dispositions, ainsi que des résultats en matière de lutte contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 des dispositifs mis en œuvre en application du même I et des articles 2 et 5 12 de la présente loi ».

Le Conseil constitutionnel, saisi par le premier Ministre et par trois différentes saisines parlementaires, avec la décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021²⁶ a validé la structure fondamentale du passe sanitaire renouvelé, comme il était fortement prévisible, à la lumière de sa jurisprudence antérieure²⁷. Dans le même temps, la décision contient trois réserves interprétatives²⁸ et surtout deux déclarations d'inconstitutionnalité : la première concernant la disposition sur le licenciement des seuls travailleurs à durée déterminée ou de mission, qui avait créé, de façon macroscopique, « une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leur contrat de travail qui est sans lien avec l'objectif poursuivi »²⁹ ; la deuxième relative à la disposition sur l'isolement automatique d'une personne faisant l'objet d'un test de dépistage positif à la Covid-19, isolement déterminé par la loi sans aucune appréciation sur la situation personnelle de l'individu privé de la liberté, de la part de l'autorité administrative ou judiciaire³⁰.

4. Sur la mise en balance (impossible) entre la protection contre le Covid-19 et l'atteinte à l'exercice des libertés fondamentales

La décision du Conseil constitutionnel objet de ce commentaire s'inscrit dans une mécanique implacable mise en marche dès le mois de mars 2020. Au-delà des raisons, qui jus-

²⁶ Sur la décision du 5 août 2021 voir, de façon favorable à l'arrêt, P. COSTANZO, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, II et s., P. DEROSIER, dans l'interview de A. Le Corre, *Passe sanitaire : « La protection de la santé est devenu un principe cardinal pour le Conseil constitutionnel »*, cit., 1 et s. et l'EDITORIAL, *Passe sanitaire : le droit, rien que le droit*, cit.; voir tandis que de façon très critique, S. BENZINA, *La « petite » décision du Conseil constitutionnel relative au « pass sanitaire »*, cit., 1 et s. Voir aussi G. GRASSO, *Il passe sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, in *DPCE online*, 3/2021, 2819 ss.

²⁷ Voir S. BENZINA, *La « petite » décision du Conseil constitutionnel relative au « pass sanitaire »*, cit., 2.

²⁸ Ces trois réserves d'interprétation ont concerné en particulier : les modalités de contrôle de la détention du passe sanitaire, qui doit être mis en œuvre « qu'en se fondant sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes » ; les obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office d'une mesure d'éloignement dont il fait objet un étranger poursuivi qui « doivent être entendu des tests de dépistage de la Covid-19 », en affirmant en outre qu'il appartient dans tout cas au juge pénal de vérifier la réalité du refus opposé par l'étranger et son intention de se soustraire effectivement à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement ; la prolongation de la durée de conservation maximale de la collecte de certains données de santé relatives aux personnes ayant fait l'objet d'un test de dépistage, qui doit s'effectuer en conformité avec les exigences de nécessité et de confidentialité, affirmées dans une précédente décision du Conseil constitutionnel.

²⁹ Point 78 de la décision n. 2021-824 DC du 5 août 2021.

³⁰ Points 115 et 116 de la décision n. 2021-824 DC du 5 août 2021.

tifient la restriction drastique de l'exercice des libertés fondamentales³¹, l'état d'exception commandé par le virus « a pris le dessus sur tout le reste »³².

L'atteinte massive à l'exercice des libertés fondamentales est la caractéristique principale des mesures soumises au contrôle du Conseil constitutionnel. Depuis plus d'un an, les décisions de justice rendues dans le cadre de procédures d'urgence démontrent la difficulté pour le juge constitutionnel de procéder à une mise en balance qui, en fin de compte, s'avère impossible. Même si les restrictions provoquent, au premier abord, un effet de choc, il convient d'avoir une approche critique plus nuancée. Les différences entre les personnes vaccinées, non-vaccinées et encore celle ayant guéri du Covid-19, en particulier, peuvent justifier une diversité de traitement sans que l'on porte atteinte au principe d'égalité garanti notamment par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³³. Cette solution n'est guère nouvelle, elle se trouve tant dans les constructions jurisprudentielles du juge administratif³⁴ que dans les décisions du Conseil constitutionnel : l'égalité de traitement ne signifie pas l'identité de traitement et, dans certaines hypothèses, des différences objectives de situations justifient un traitement différent. Les mesures restreignant l'exercice de libertés fondamentales collectives ou individuelles élémentaires doivent être appuyées par des justifications solides afin d'être proportionnées³⁵ au but de valeur constitutionnelle poursuivi qui est la protection de la santé publique, et donc du droit à la vie qui ne doit cependant pas devenir, comme on l'a déjà souligné au paragraphe 2, un « super droit fondamental »³⁶, un droit fondamental au carré, qui balayerait toutes les autres libertés et les sacrifierait sur l'autel ultime d'une valeur absolue.

Le 12 mai 2021, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a par ailleurs livré un avis sur le projet de loi de mise en place d'un passe sanitaire conditionnant l'accès à certains événements ou établissements impliquant de grands rassemblements

³¹ S'agissant de la France, on préfère employer l'expression « libertés fondamentales ». L'expression « droits fondamentaux » est intimement liée à l'Allemagne et à son histoire et l'entreprise d'import de la traduction, un peu hâtive, ne sied probablement pas à la teneur des *Grundrechte*. Voir, sur les différences entre ces expressions, O. JOUANJAN, *Une origine des 'droits fondamentaux' en Allemagne : le moment 1848*, in *Revue du droit public*, 2012, 766 et s., pour qui « les droits fondamentaux » sont un « événement linguistique » dans l'Allemagne composite du 19^e siècle.

³² Voir U. VOLKMANN, *Editorial. Nachrichten aus dem Home Office*, in *Der Staat*, vol. 59, 2020, 1-2.

³³ « [...] [La loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. [...] ».

³⁴ Il suffit de penser à la célèbre formule donnée par le Conseil d'État (CE, Sect., 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, Rec., 274) : « Considérant que la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure ». Voir encore Conseil constitutionnel, décision n° 1996-375 DC, 9 avril 1996, Rec., 60.

³⁵ Sur les failles du contrôle de proportionnalité (qui se limite à une erreur manifeste d'appréciation) opéré par le Conseil constitutionnel : T. HOCHMANN, *Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2021, 805-809.

³⁶ Voir H.M. HEINIG, T. KINGREEN, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, U. VOLKMANN, H. WISSMANN, *Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise*, in *Juristen Zeitung*, 2020, 864 : « Selbstverständlich ist das Recht auf Leben kein 'Supergrundrecht' ».

de personnes, quelques semaines avant la décision du Conseil constitutionnel du 31 mai 2021, qui émet des réserves importantes quant à la « divulgation d'informations relatives à l'état de santé des personnes » et explique que « la possibilité d'accéder aux lieux de sociabilité sans avoir à prouver son état de santé fait partie des garanties apportées à l'exercice des libertés et participe à dessiner une frontière raisonnable entre ce qui relève de la responsabilité individuelle et du contrôle social ». La Commission alerte par ailleurs sur le « risque de créer un phénomène d'accoutumance préjudiciable qui pourrait conduire à justifier [...] que l'accès à un cinéma soit conditionné à la preuve que la personne n'est pas porteuse de certaines pathologies, autres que la Covid ». L'avis accentue l'atteinte lourde à plusieurs droits et libertés constitutionnellement garantis : le droit à la vie privée, la liberté d'aller et de venir, la liberté d'entreprendre. Cette atteinte « ne saurait être admissible que si le Gouvernement peut s'appuyer sur des éléments suffisamment pertinents et probants pour garantir qu'un tel dispositif sera nécessaire à la gestion de la crise sanitaire ». Toutefois, cette mise en garde s'étiole très vite lorsqu'elle se trouve confrontée à la situation d'exception : « la crise sanitaire actuelle, martèle la Commission, semble pouvoir justifier la mise en œuvre d'un tel dispositif [...] limité à la durée strictement nécessaire à la réponse à la situation sanitaire exceptionnelle, compte tenu des paramètres épidémiologiques pertinents disponibles, et devra, en tout état de cause, prendre fin dès que cette nécessité disparaîtra »³⁷.

Au regard des mesures de la loi faisant l'objet de la décision du 31 mai 2021, la seule réserve émise par le Conseil constitutionnel laisse toutefois un goût d'inachevé : elle concerne le système national de données de santé qui, conformément à l'article L. 1461-4 du Code de la santé publique, ne contient « ni les noms et prénoms des personnes, ni leur numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques, ni leur adresse ». En conséquence, « s'agissant des données transférées en application des dispositions contestées, sauf à méconnaître le droit au respect de la vie privée, cette exclusion doit également s'étendre aux coordonnées de contact téléphonique ou électronique des intéressés »³⁸. La restriction de l'exercice des libertés fondamentales n'est pas remise en cause ni même déclarée (partiellement) inconstitutionnelle. Le Conseil n'a vu aucun problème de proportionnalité des mesures contenues dans la loi, mesures qui ont prolongé jusqu'à vingt ans la durée maximale de conservation des données à caractère personnel relatives à la santé des personnes atteintes par le Covid-19 ou des personnes en contact avec elles, et n'a trouvé que seule la transmission de contacts téléphoniques et adresses électroniques pourrait être en conflit avec le droit à la vie privée.

³⁷ Délibération n. 2021-054 du 12 mai 2021 (demande d'avis n. 21008691) : in https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation_2021-054_du_12_mai_2021_portant_avis_sur_le_projet_de_mise_en_place_dun_passe_sanitaire.pdf.

³⁸ Point 31 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

Dans un avis au Parlement du 20 juillet 2021, concernant le projet de loi de modification de la loi n. 2021-689, objet de la décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021³⁹, la Défenseure des droits a également exprimé des réticences sur le passe sanitaire, en estimant que certains éléments « n'apparaissent pas proportionnés à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent » en soulignant entre-autres le danger de discriminations dans l'emploi⁴⁰ pesant sur les salariés⁴¹. Encore postérieur à la décision du Conseil constitutionnel du 31 mai 2021, l'avis sur le projet de loi relatif à l'adaptation de nos outils de gestion de la crise sanitaire rendu par le Conseil d'État le 19 juillet 2021 finit par ancrer le passe sanitaire dans le paysage du droit français⁴².

La présentation d'un document attestant d'une immunité vaccinale ou naturelle est l'élément objectif qui permettrait d'autoriser ses détenteurs à avoir accès à des établissements ou activités dont les personnes non-vaccinées ou n'ayant jamais contracté le Covid-19 seraient privées. Si la non-vaccination est « un souhait »⁴³, « il serait alors possible d'imaginer le cas dans lequel il relèverait de la liberté de conscience [...] et, dans ce cas précis, un cadre spécifique pourrait être alors envisagé pour que le quotidien des non-vaccinés ne soit pas entravé par des tests virologiques quasi quotidiens »⁴⁴. Le Conseil constitutionnel a validé la loi relative à la gestion de sortie de la crise sanitaire et son article 1^{er} portant sur le passe sanitaire. Mais la lumière verte n'est que de façade : le recours des députés et la teneur de la décision laissent penser que tout est plus complexe⁴⁵. Les Sages soulignent expressément que leur décision ne se limite qu'aux questions posées dans le recours. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir d'autres questions soient posées auxquelles le Conseil pourrait apporter une réponse différente en remettant en cause sinon le principe même du passe sanitaire au moins les effets de cet instrument juridique tant critiqué. La décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 semble confirmer la structure du passe sanitaire mais ne clôt pas toutes les interrogations relatives à son caractère attentatoire des libertés. Le 9 novembre 2021 le Conseil constitutionnel continue sa réflexion sur ces mesures problématiques en

³⁹ Voir sur ce point, *supra*, le paragraphe 3.

⁴⁰ Voir sur ce point, très concise, E. GRAUJEMANN, *Sort de la protection sociale complémentaire en cas de suspension du contrat de travail des salariés soumis à l'obligation vaccinale ou au passe sanitaire*, in *La Semaine Juridique Sociale*, n. 36, 2021, act. 376. La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 prévoit des garanties (d'ordre public) de protection sociale complémentaire en cas de suspension du contrat de travail des salariés qui n'auront pas respecté l'obligation vaccinale, mais il n'existe pas de disposition équivalente concernant les salariés soumis à l'obligation de présenter un passe sanitaire.

⁴¹ Défenseur des Droits, *Avis 21-11 du 20 juillet 2021 relatif au projet de loi sur la gestion de la crise sanitaire*, in https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=39976.

⁴² CE, Commission permanente, Sect. sociale, Avis n°403.629, 19 juillet 2021, in <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-gestion-de-la-crise-sanitaire>.

⁴³ Commission des lois à l'Assemblée nationale, *Rapport sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif à la gestion de la crise sanitaire* n. 4386, n. 4389, 13.

⁴⁴ C. RICHAUD, *Réflexions dans l'urgence sur la constitutionnalité de l'extension du 'passe sanitaire'*, in *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n. 30-34, 2021, act. 485.

⁴⁵ M. BORNHAUSER, *Le passe sanitaire : un colosse aux pieds d'Argile ?*, in *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n. 1, 2021, dossier 4.

décidant que la possibilité pour les directeurs des établissements d'enseignement scolaire d'accéder à des informations médicales relatives aux élèves et de procéder à leur traitement porte une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée⁴⁶. Cependant, cette décision doit être nuancée. C'est surtout la possibilité pour des personnes habilitées par les directeurs d'établissements scolaires d'avoir accès aux données médicales des élèves qui est ciblée par le Conseil constitutionnel : « les informations médicales [...] sont donc susceptibles d'être communiquées à un grand nombre de personnes, dont l'habilitation n'est subordonnée à aucun critère ni assortie d'aucune garantie relative à la protection du secret médical »⁴⁷. On comprend alors que ce n'est pas l'accès, mais l'accès étendu à ces informations qui est constitutif d'une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée.

5. Conclusion et perspectives de droit allemand et italien

Au début de la crise sanitaire, la France n'a pas pris le chemin de l'Allemagne qui paraissait, au printemps 2020, plus souple et davantage respectueuse des libertés⁴⁸, surtout en comparaison avec la situation extrême dans laquelle ont été plongés les Français : couvre-feu, attestation dérogatoire de sortie, fermeture de tout commerce jugé non-essentiel, accompagnés d'une inflation législative et décrétole qui a laissé pantois plus d'un juriste, cherchant à comprendre le fonctionnement d'un droit exceptionnel qui s'est intégré dans le quotidien au point d'inverser les notions de normalité et d'exception. Dans les temps troubles de gestion de la crise sanitaire, la République fédérale était désignée comme exemple à suivre. Cet état de grâce n'a pas duré, et, à l'autonome 2020, l'outre-Rhin a également sombré : fermetures, restrictions radicales et panique. Les digues ont cédé : la loi sur les maladies infectieuses transmissibles chez l'être humain a été modifiée quatre fois afin de pérenniser les mesures « anti-corona ». Ces modifications ont fait l'objet de vives critiques en raison des compétences importantes laissées au pouvoir réglementaire, de l'intensité et l'automatisme de certaines mesures. Pour n'en citer que quelques-unes : le § 28a de la loi prévoit ainsi à côté de l'obligation du port du masque et de la distanciation sociale, « l'interdiction ou la restriction » de voyages, notamment touristiques, d'événements sportifs, de réunions ou rassemblements culturels et religieux, le § 28b introduit le mécanisme du « frein d'urgence » (*Notbremse*) qui vise à doter les autorités publiques de la marge de manœuvre nécessaire en vue de tenter d'arrêter la propagation d'une vague

⁴⁶ Conseil constitutionnel, décision n. 2021-828 DC du 9 novembre 2021, sur la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire, *JORF* n° 0263, texte n. 2.

⁴⁷ Point 39 de la décision n. 2021-828 DC du 9 novembre 2021.

⁴⁸ Sur ce point, voir M. KORDEVA, P. COSSALTER, *Le Covid-19 et le droit public allemand*, in *Revue française de droit administratif*, 2020, 661-671.

pandémique. Cette disposition est spécifique car elle est générale : elle concerne la totalité du territoire fédéral et est qualifiée de « fédérale et uniforme »⁴⁹. Même s'il n'existe pas, pour l'instant, d'obligation vaccinale, les personnes non-vaccinées, non-testées ou qui ne sont pas en mesure de prouver leur rétablissement du Covid-19 se trouvent *de facto* dans une situation déséquilibrée par rapport à celles qui sont vaccinées ou rétablies. Dans certains Länder, comme Hambourg, le modèle « 2 G » (pour les personnes vaccinées et rétablies, *Geimpfte und Genesene*) est entré en vigueur le 28 août 2021 en permettant l'accès aux restaurants, cinémas, théâtres et autres établissements recevant du public aux seules personnes vaccinées ou rétablies et refusant cet accès à celles qui ne disposeraient que d'un test PCR ou antigénique négatif. Toutefois, les établissements restent libres de choisir d'adopter ce modèle restrictif ou d'autoriser les personnes testées à accéder aux endroits visés. D'autres régions, comme le Bade-Wurtemberg et la Bavière réfléchissent à adopter cette mesure afin de donner un coup d'accélérateur à la campagne vaccinale. Le dernier rempart pour ceux souhaitant contester ces restrictions reste le contrôle juridictionnel. Il convient de se demander si, dans un avenir très proche, à l'instar du Conseil constitutionnel français, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne validera les politiques massivement attentatoires aux droits fondamentaux en procédant à une hiérarchisation de valeurs constitutionnelles en posant le droit à la vie au sommet.

Pour ce qui concerne l'Italie, encore plus que la France, les mesures adoptées en particulier au début de la pandémie ont été très strictes, si seulement on pense au confinement rigide des mois de mars et avril 2020, et aussi dans les longs mois suivants. Ces mesures ont touché fortement la jouissance de nombreux droits et libertés fondamentaux, toujours avec le but de protéger la santé comme intérêt de la collectivité, selon ce qui est affirmé dans l'article 32 de la Constitution. L'assouplissement de ces prévisions a été très lent pendant la durée de la pandémie.

En Italie, la présentation au niveau européen de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur le certificat vert numérique du 17 mars 2021 a ouvert un débat, objet d'un important travail parlementaire⁵⁰, concernant l'opportunité d'utiliser un dispositif similaire pour essayer de rétablir les conditions de vie ordinaire. Dans le même temps le décret-loi n. 44 du 1^{er} avril 2021 a fixé une obligation vaccinale pour tous ceux qui exercent une profession médicale et pour tous les professionnels qui travaillent dans les établissements sanitaires, socio-sanitaires et d'assistance sociale, une obligation vaccinale qui a été déjà validée dans ces principes généraux dans l'arrêt n. 5 de 2018 de la Cour constitutionnelle, bien avant l'explosion de la pandémie. La mise en œuvre concrète du « green pass », institué par le décret-loi n. 52 du 22 avril 2021, reste en cours d'évolution (il

⁴⁹ Pour le texte synoptique (allemand-français) de la loi allemande sur les maladies infectieuses : <https://www.bijus.eu/?p=13318>.

⁵⁰ Voir aussi G. GRASSO, « *Certificato verde digitale* », « *Passaporto vaccinale* » e diritto costituzionale: prime considerazioni, cit., 234 et s.

suffit de voir en particulier l'extension des effets du document produits par le décret-loi n. 105 du 23 juillet 2021, par le décret-loi n. 111 du 6 août 2021, par le décret-loi n. 122 du 10 septembre 2021 et par le décret-loi n. 127 du 21 septembre 2021). La présentation de ce dispositif conditionne désormais, de façon obligatoire, de nombreuses activités, concernant aussi la jouissance de plusieurs droits et libertés fondamentaux, comme le droit au travail. Entre principe constitutionnel de solidarité, protection de la santé contre le Covid-19 et exercice (et respect) des droits fondamentaux des citoyens se jouent, au moins en Italie, tous les défis actuels et futurs du « green pass » : on verra dans les mois à venir, si, comme il a été préconisé en doctrine, les conclusions de la justice constitutionnelle française, examinés dans ce commentaire, pourront également anticiper celles de la Cour constitutionnelle italienne sur le thème de l'obligation vaccinale⁵¹.

⁵¹ Pour reprendre le titre de l'article de P. COSTANZO, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, cit.

Prove tecniche di sopravvivenza dell'ordinamento costituzionale

Il Supremo Tribunale Federale brasiliano e le multiformi problematiche della pandemia* Aristide Canepa**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Giurisdizionalizzazione della salute e vaccinazione. – 3. Giurisdizionalizzazione della salute e federalismo. – 4. Giurisdizionalizzazione della salute e inazione del governo federale. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT:

Il lavoro analizza alcune recenti decisioni del Supremo Tribunale Federale brasiliano in materia di vaccinazioni e di misure di contrasto alla pandemia di COVID-19, rilevando come quest'ultima abbia causato un'ulteriore intensificazione del processo di giurisdizionalizzazione delle politiche in materia di salute, già in corso da tempo nella vigenza della Costituzione federale del 1988. A ciò ha particolarmente contribuito la resistenza opposta dall'amministrazione Bolsonaro all'adozione e all'implementazione delle misure raccomandate dall'OMS. Il conseguente contenzioso ha riguardato moltissimi aspetti delle politiche sanitarie. Le decisioni analizzate riguardano in particolare la questione delle vaccinazioni, quella del ruolo dei diversi livelli territoriali di governo nell'azione di contrasto al COVID-19 e quella della prolungata inazione governativa.

The work deals with some recent decisions of the Brazilian Federal Supreme Court about vaccination and other measures against COVID-19. The study notices that the pandemic brought about a further increasing of the process of health policies judicialization, that has already been in progress for a long time, since 1988 federal Constitution entered into force. Such a process was strengthened by the resistance Bolsonaro administration opposed to both adoption and implementation of anti-pandemic measures recommended by WHO. Resulting trials concerned a great number of items related to health policies. The work focuses especially on decisions dealing with vaccination, the role

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Le citazioni testuali dal portoghese sono tradotte dall'Autore. Salvo diversa specificazione, la data di ultima consultazione dei siti citati è il 9 gennaio 2022.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Genova, aristide.canepa@unige.it.

of Union, states and municipalities in the struggle against COVID-19, as well as with Government's long-lasting inaction.

1. Introduzione

In tutto il mondo, la crisi causata dalla pandemia di COVID-19 ha portato alla luce l'effettivo stato di organizzazione e funzionamento dei sistemi sanitari pubblici (ove esistenti), ma anche, in senso più ampio, dei sistemi istituzionali ed amministrativi da cui i primi dipendono.

Le misure emergenziali di prevenzione, confronto e contenimento della pandemia hanno inciso potentemente sui sistemi delle fonti del diritto, sui rapporti tra Stato centrale (o federazione) ed autonomie locali (o Stati membri), ma persino sui rapporti tra i poteri dello Stato e, pertanto, sulla forma stessa di governo¹. In un certo senso, si può sostenere che la crisi sanitaria abbia costituito anche una cartina di tornasole della salute (o delle patologie) delle istituzioni costituzionali ed amministrative e dei sistemi politici e di partito che le innervano e ne determinano il funzionamento concreto.

Nella maggior parte delle democrazie consolidate, i giuristi, l'opinione pubblica e i mezzi di comunicazione hanno dato particolare rilievo agli elementi di parziale limitazione di diritti e libertà costituzionalmente garantiti, contenuti in numerose delle misure anti-COVID-19 adottate dai governi e dai parlamenti, nonché al dibattito sul bilanciamento tra tali compressioni e la necessaria tutela del diritto – individuale e collettivo – alla salute².

Ugualmente, si è osservata generalmente una tendenza all'accentramento delle competenze decisionali in materia di lotta al COVID-19 nelle mani del governo centrale/federale, con conseguente riduzione, da un lato, di alcuni elementi di autonomia degli enti locali e/o regionali/statali e, d'altro lato, dei poteri e delle possibilità di controllo dei parlamenti;

¹ La letteratura in materia è vastissima. Ci si limita in questa sede a citare due tra i primi contributi che hanno cercato di offrire una panoramica comparata di ampio spettro: T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52, disponibile on-line all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974#; e J.M. SERNA DE LA GARZA (COORD.), *Covid-19 and Constitutional Law*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. Si rinvia poi ai moltissimi contributi raccolti nel sito *Comparative Covid Law*, curato dall'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, dall'Associazione Italiana di Diritto Comparato e dalla Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato (<https://www.comparativecovidlaw.it>).

² V. per es., tra i tanti, nella dottrina italiana, M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2020, n. 3, pp. 31-52; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, pp. 1491-1510 (e bibliografia ivi citata); A. PIN, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, ivi, pp. 2581-2595; F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, (con diversi contributi in materia). Sull'America latina, v. I. SPIGNO, *Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, pp. 2217-2245; N. GONZÁLEZ MARTÍN, D. VALADÉS (COORD.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, 2020.

e non sono neppure mancati casi in cui l'indubbia necessità emergenziale legata al COVID-19 abbia costituito il paravento per il perfezionamento di un progetto autoritario già in corso, come ad es. in Ungheria³.

In numerosi Stati composti (regionali o federali), poi, ma persino negli Stati unitari⁴, a questa tendenza si è però affiancata, soprattutto all'inizio della crisi, una preoccupante carenza di coordinamento e cooperazione⁵, che ha portato all'adozione di misure talvolta contraddittorie, talvolta eccedenti le competenze del soggetto decisore⁶, talaltra inutilmente ripetitive e superfetatorie da parte dei diversi livelli di governo.

Naturalmente, tanto il bilanciamento tra diritto alla salute e altri diritti, quanto la ripartizione delle competenze tra i livelli di governo, quanto ancora gli eventuali conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, ove non efficacemente gestiti attraverso la mediazione politica e la cooperazione istituzionale, trovano come proprio naturale risolutore il giudice (e sovente il giudice costituzionale, laddove esista). Ed infatti, una delle più visibili conseguenze istituzionali della pandemia è identificabile, per lo meno in alcuni momenti, proprio nella moltiplicazione degli interventi giudiziari in un settore – quello della salute – che per sua natura dovrebbe essere invece oggetto principalmente di politiche pubbliche e solo in casi relativamente ridotti di pronunce giurisdizionali.

Peraltro, l'emergenza COVID-19 ha accelerato ed evidenziato questo processo, ma è ben lungi dall'averlo creato. La crescente giurisdizionalizzazione delle politiche pubbliche (e talvolta della politica stessa) costituisce un processo in continuo sviluppo nelle democrazie contemporanee⁷ e su di esso influiscono certamente numerosi fattori istituzionali e di

³ V. in proposito, per es., S. BENVENUTI, *L'Ungheria di fronte all'emergenza da Covid-19: debolezza del quadro giuridico, militarizzazione dell'emergenza e controversie sulle misure economiche*, in *Nomos*, 2020, n. 1, disponibile all'indirizzo <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/ungheria-simoe-benvenuti-lungheria-di-fronte-allemergenza-da-covid-19-debolezza-del-quadro-giuridico-militarizzazione-dellemergenza-e-controversie-sulle-misure-economiche/>; T. DRINÓCZI – A. BIEN-KACALA, *COVID-19 in Hungary and Poland: extraordinary situation and illiberal constitutionalism*, in *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 8, 2020, nn. 1-2, pp. 171-192; J. SAWICKI, *La pandemia Covid-19, in Polonia e in Ungheria, come possibile occasione per intensificare la mutazione illiberale delle istituzioni*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, pp. 1963-1983.

⁴ Si vedano i diversi esempi di *arrêts* sindacali in Francia, incorsi nell'annullamento ad opera del Governo o della giustizia amministrativa, citati in A. CIAMMARICONI, *Le ordinanze emergenziali delle autorità locali: riflessioni a margine delle esperienze di Italia e Francia*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, pp. 2407-2428.

⁵ V. ad es., sul caso statunitense, E. MOSTACCI, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata* (aggiornato al 5/5/2020), pp. 124-152, nell'Osservatorio Emergenza Covid della rivista *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=41288&dpath=document&dfile=06052020213130.pdf&content=I%2Bdiritti%2Bcostituzionali%2Bdi%2Bfronte%2Ball%27emergenza%2BCovid%2D19%2E%2BUna%2Bprospettiva%2Bcomparata%2E%2B%28aggiornato%2Bal%2B5%2F5%2F2020%29%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bpaper%2B%2D%2B>

⁶ V. per es. l'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 del Sindaco di Messina, volta a far registrare su apposito portale tutti coloro che volevano entrare in Sicilia attraverso lo stretto di Messina, oggetto di annullamento straordinario da parte del Governo, su cui v. A. CIAMMARICONI, *op. cit.*, pp. 2413-2417. In generale, v. G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *op. cit.*, pp. 105-116.

⁷ V. per es. N. TATE, T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995. Nella letteratura scientifica brasiliana, R. BRANDÃO, *A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro*, in *Revista de Direito Admi-*

cultura politica, in relazione ai quali, ai fini del presente lavoro, può giovare ricordare, ad es., che la presenza o meno di strumenti di mediazione e cooperazione istituzionale, nonché la maggiore o minore volontà politica di utilizzarli, condizionata dalla configurazione di democrazia (includente secondo il modello kelseniano oppure leaderistico-decidente, secondo il modello schmitt-gaulliano) prevalente nella cultura politica degli attori istituzionali, possono determinare un livello minore o maggiore di conflittualità istituzionale, destinata a sfociare nell'uso degli esistenti strumenti giurisdizionali di risoluzione dei conflitti di attribuzione e di competenza; che il grado di estensione e di dettaglio del testo costituzionale nella disciplina dei principi fondamentali e dei diritti, in particolare di quelli sociali e di prestazione, influenza direttamente le occasioni e le possibilità di ricorso agli strumenti di controllo sulla costituzionalità delle leggi, perché il maggior dettaglio della Costituzione moltiplica il rischio che le disposizioni sub-costituzionali applicative infrangano una od altra disposizione costituzionale; che il numero, la varietà e l'accessibilità dei rimedi giurisdizionali approntati dall'ordinamento a tutela dei diritti stessi (specie se agevolmente accessibili ai singoli o alle formazioni sociali), nonché l'estensione del relativo campo di applicazione, se da un lato comportano estensione delle possibilità di tutela dei diritti, si traducono inevitabilmente dall'altro lato in una moltiplicazione delle possibilità di ricorso al giudice, costituzionale o meno.

Non può quindi stupire che l'ordinamento costituzionale brasiliano risulti ad oggi uno di quelli che più hanno sofferto di fronte alla prova della pandemia, sia per motivi sistemici che per contingenze politiche.

Sul primo punto, se infatti le istituzioni brasiliane accolgono (come si vedrà meglio *infra*) un modello di federalismo pienamente improntato alla logica cooperativa, sul piano della forma di governo federale, però, si caratterizzano per la acritica ripresa della forma di governo presidenziale tipica della storia latino-americana. Orbene, il governo presidenziale si denota, anche nelle sue migliori riuscite, per la tendenziale assenza di meccanismi istituzionali atti a comporre l'eventuale conflitto politico tra Potere esecutivo e legislativo, demandando così ogni soluzione alla mediazione politica e dipendendo quindi dalla propensione in tal senso del personale politico, come si è drammaticamente verificato negli ultimi anni persino negli Stati Uniti, non appena è aumentato il tasso di polarizzazione ideologica del sistema politico (si pensi ai frequenti rischi di blocco del bilancio durante l'amministrazione Obama e, da ultimo, ai due tentativi di *impeachment* e alle vicende che hanno accompagnato la mancata rielezione del Presidente Trump). Il caso ha voluto che la pandemia di COVID-19 si verificasse in Brasile proprio durante l'amministrazione del Presidente Jair Messias Bolsonaro, caratterizzata fin dagli inizi da una marcata sottolinea-

nistrativo, n. 263/2013, pp. 251-290, consultabile anche all'indirizzo <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>; e specificamente sulla giurisdizionalizzazione della salute, E.C.S. ANJOS, D.C. RIBEIRO, L.V. MORAIS, *Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial*, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2021, n. 1, pp. 113-128 e la bibliografia ivi indicata.

tura ideologica del proprio rifiuto degli stessi valori fondanti della Costituzione federale del 1988 (d'ora in avanti CF), dal tentativo di accentrare poteri nelle mani dell'Esecutivo federale a scapito sia degli altri poteri dell'Unione che degli enti della federazione, e dal tendenziale rifiuto della logica della mediazione politica, in quella prospettiva di riduzione della democrazia al raccordo diretto popolo-*leader* che sembra costituire il *leitmotiv* istituzionale di tutti i movimenti populistici che si stanno ritagliando spazio nelle democrazie contemporanee⁸.

Sul secondo punto, si può notare come la CF del 1988 costituisca in certo qual modo la capofila e la prima compiuta espressione di molti degli aspetti del recente costituzionalismo latino-americano⁹, successivo alla caduta dei regimi militari che avevano insanguinato gli anni '60-'80 del secolo scorso, nel quale il tentativo di passare compiutamente dallo Stato liberale alla democrazia sociale si è generalmente accompagnato all'adozione di testi costituzionali di eccessiva lunghezza, un po' come se, finalmente liberi dalla compressione autoritaria e militare, i costituenti avessero voluto dare garanzia giuridica a tutte le aspirazioni di libertà, di autogoverno e di giustizia sociale dei cittadini, redigendo testi onnicomprensivi e miranti ad impedire qualsiasi possibilità di arretramento rispetto alle acquisizioni democratiche e sociali compiute¹⁰, anche se spesso ciò si accompagna ad un ribadimento martellante e retorico dei concetti espressi. La CF brasiliana è comunemente nota come *Constituição cidadã* (Costituzione cittadina), secondo una fortunata definizione del Presidente dell'Assemblea Costituente Ulysses Guimarães, in quanto mira all'instaurazione di una democrazia partecipativa e sociale avanzata, fondata sull'idea che l'intero processo di *policy-making* all'interno delle istituzioni (e non solo la scelta dei loro titolari come accade con le elezioni, o il momento della decisione finale come accade coi *referendum*) debba vedere la partecipazione dei cittadini, in una prospettiva di crescente integrazione costituzionale¹¹. Ne derivano però due conseguenze: da un lato, un testo eccessivamente lungo e dettagliato: a tutt'oggi (gennaio 2022), la Costituzione brasiliana contiene 250 articoli e 118 disposizioni transitorie; inoltre, molti dei singoli articoli sono

⁸ Sul Presidente Bolsonaro e la politica da lui seguita in materia di pandemia v., tra i tanti, L.A. NOCERA, *L'emergenza COVID-19 in Brasile e l'atteggiamento negazionista di Bolsonaro*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 2020, n. 1, pp. 268-280.

⁹ Su questa caratteristica della CF, v. A. CANEPA, *La Costituzione brasiliana nel costituzionalismo latino-americano contemporaneo*, in L. FALDINI (a cura di), *Viaggio brasiliano: storie, forme, luoghi. Confronti interdisciplinari*, Milano, ed. del Gattaccio, 2020, pp. 309-327 [e-book]. Sul recente costituzionalismo latino-americano, v. E. ROZO ACUÑA, *Il costituzionalismo in vigore nei Paesi dell'America Latina*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁰ È stato giustamente notato come, sebbene la maggioranza presente nell'Assemblea costituente brasiliana fosse sostanzialmente moderata, l'Assemblea stessa «si presentò in diversi momenti come veicolo del sentimento popolare e volle collocarsi, in relazione a numerosi punti, come antitetica al precedente regime militare» (B. LAMOUNIER, *Da Independência a Lula: dois séculos de política brasileira*, S. Paulo, Augurium, 2005, p. 188).

¹¹ V. in proposito H. BERTOT TRIANA, *Reflexiones sobre la participación política en la orientación de un proceso de desalienación social*, in G. GONZÁLEZ ORQUERA-Y. PÉREZ MARTÍNEZ (COORD.), *Participación política. Reflexiones desde el Sur*, 2 tt., Quito, TCE-Universidad de La Habana, 2014, pp. 77-104; F. SANTANA LESCAILLE, *La soberanía y la participación ciudadana en los espacios integrados. El nudo gordiano del Derecho de Integración*, ivi, pp. 153-174.

spesso a loro volta lunghissimi e dettagliatissimi. L'esempio forse estremo, ma certo non unico, è ravvisabile nell'art. 5, che da solo esaurisce il primo capitolo (Diritti e doveri individuali e collettivi) del titolo II (Diritti e garanzie fondamentali): esso è costituito da un principio (*caput*) e 4 paragrafi, ma il principio contiene un elenco di 78 punti, ciascuno dei quali sarebbe in grado di costituire un articolo a sé. D'altro lato, le disposizioni costituzionali in materia di diritti e prestazioni sociali non si esauriscono nel catalogo dei diritti, ma vengono riprese con ulteriore approfondimento nel titolo VIII CF (artt. 193-232), dedicato all'«ordinamento sociale», che tratta diffusamente e con dovizia di particolari i contenuti, le modalità e le strutture organizzative per realizzare le politiche pubbliche necessarie al perseguimento dei fini sociali costituzionali, caratterizzando quindi il testo in senso accentuatamente programmatico.

Sul terzo punto, la CF del 1988 ha cercato di ampliare le garanzie dei diritti costituzionali tramite l'adozione di un sistema misto che ha affiancato al controllo diffuso di costituzionalità, esercitabile da tutti i giudici, anche diversi istituti di controllo accentrato (artt. 102, I, lett. a); 103, § 2; e 36, III), comprendenti, oltre al ricorso diretto di incostituzionalità su leggi e atti normativi federali e statali (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*, ADI), anche il ricorso di incostituzionalità per omissione (*Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*, ADO) e il ricorso volto ad ottenere – invece – la dichiarazione di conformità costituzionale di una legge o atto normativo federale (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*, ADC). Di particolare interesse nella prospettiva del presente studio è poi un'ulteriore forma di ricorso, l'accusa di inattuazione di precetto fondamentale (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, ADPF)¹², che consente un ricorso non solo contro atti normativi ma contro qualsiasi atto di un potere pubblico per evitare anticipatamente o rimediare a posteriori alla sua eventuale violazione di precetti fondamentali della CF, con notifica dei contenuti necessari all'organo responsabile dell'atto in oggetto. Assegnando la titolarità di questi giudizi al Supremo Tribunale Federale (STF), che fino a quel momento era stato a tutti gli effetti una corte suprema, la Costituzione gli ha dato una centralità particolare nei meccanismi di tutela della Costituzione, come riconosciuto dallo stesso art. 102, secondo cui al STF compete «precipuamente, la tutela della Costituzione». Tuttavia, alle funzioni di controllo costituzionale il STF continua ad affiancare competenze da corte suprema, sia in materie che conosce in via esclusiva, sia in altre che conosce in appello o per ricorso straordinario (v. art. 102). Va poi notato che, mentre le decisioni del STF nel ricorso diretto di incostituzionalità, in materia di dichiarazione di conformità costituzionale e nell'accusa di inattuazione di precetto fondamentale hanno valore *erga omnes*, non così è per le decisioni conseguenti ad appelli o ricorsi straordinari o provenienti da corti inferiori, ancorché relative a questioni di costituzionalità: in tal caso, infatti, solo dopo

¹² Su cui v. A.R. TAVARES, *Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*, S. Paulo, Saraiva, 2001.

ripetute decisioni sulla stessa norma, e a maggioranza di due terzi dei propri componenti, il STF potrà approvare una massima (*súmula*) destinata ad imporsi agli altri giudici ed alle amministrazioni e delimitante la validità, l'interpretazione e l'efficacia della norma in esame (art. 103-A Cost., introdotto con l'emendamento costituzionale n. 45 del 30 dicembre 2004). A fianco della moltiplicazione degli strumenti costituzionali (e della disciplina, a volte incongrua, delle rispettive procedure), va infine sottolineato come la legittimazione all'attivazione di quelli tra essi che funzionano in via principale sia molto ampia, non limitandosi solo a soggetti delle istituzioni politiche in senso stretto, ma venendo ampliata a soggetti delle istituzioni giudiziarie e di garanzia (come il Procuratore Generale della Repubblica) ed a soggetti sociali il cui intervento possa essere considerato funzionale alla tutela di importanti valori costituzionali, come il Consiglio Federale dell'Ordine degli Avvocati del Brasile, i partiti politici rappresentati nel Congresso, le organizzazioni sindacali e di categoria di dimensione nazionale (art. 103 CF).

L'insieme dei fattori fin qui esposti ha contribuito a che l'esperienza del COVID-19 causasse un'ulteriore impennata nel già consistente processo di giurisdizionalizzazione delle politiche di salute. All'inizio del novembre 2021, chi avesse svolto una ricerca per parole-chiave connesse col COVID-19 sulla banca dati gestita dal *Conselho da Justiça Federal* avrebbe trovato più di ottomila decisioni giurisprudenziali in materia¹³, diverse delle quali hanno avuto come protagonista il STF, data la sua posizione centrale nell'interpretazione costituzionale. L'atteggiamento "negazionista" ed anti-scientifico adottato dal Presidente Bolsonaro, con la sistematica sottovalutazione della pandemia e la subordinazione delle esigenze di tutela della salute pubblica a quelle del regolare funzionamento delle attività economiche, ha inevitabilmente suscitato conflitti di competenza e accuse di violazione – tra gli altri – del diritto alla tutela della salute («dovere dello Stato» secondo l'art. 196 CF), determinando in sede giudiziaria il ricorso a tutti gli strumenti giurisdizionali messi a disposizione dall'ordinamento¹⁴ e in sede politica l'avvio di una Commissione Parlamentare d'Inchiesta sulla pandemia da parte del Senato federale (d'ora in avanti CPI)¹⁵, la cui ampia e documentata relazione finale, approvata il 26 ottobre 2021, costituisce un impressionante e doloroso atto d'accusa all'intera attuazione dell'Esecutivo federale in materia.

Il presente lavoro non ha e non potrebbe avere l'ambizione di costituire una panoramica complessiva sulla giurisdizionalizzazione della salute durante la crisi pandemica in Brasile

¹³ Lo attesta E.B.S. MOREIRA, *Covid, vacinação e as decisões do Supremo Tribunal Federal*, in Migalhas, 12 nov. 2021, disponibile all'indirizzo web <https://www.migalhas.com.br/depeso/354815/covid-vacinacao-e-as-decisoes-do-supremo-tribunal-federal>

¹⁴ Si può ad es. rilevare una moltiplicazione delle accuse per inattuazione di precetto fondamentale (ADPF), che ancora pochi anni fa un'autorevole dottrina definiva un «istituto ... utilizzato in modo molto limitato, se comparato all'azione diretta di incostituzionalità e all'azione declaratoria di costituzionalità» (U.L. BULOS, *Constituição federal anotada*, S. Paulo, Saraiva, VII ed., 2007, p. 1029).

¹⁵ Senado Federal, CPI da Pandemia, *Relatório final*, Brasília, Senado Federal, 2021, reperibile sul sito del Senato federale, all'indirizzo <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>

(cosa che richiederebbe una o più tesi di dottorato). Si è solo cercato di sottolineare la portata ed il contenuto di alcune pronunce del STF giustamente evidenziate anche dalla dottrina brasiliana, in relazione ad alcuni temi legati alla pandemia, in particolare quello delle vaccinazioni, quello delle relazioni tra gli enti della federazione e quello dell'inazione del governo federale.

2. Giurisdizionalizzazione della salute e vaccinazione

Uno dei temi più caldi del dibattito politico e giuridico in tutto il mondo è stato, dal momento in cui i primi vaccini si sono resi disponibili, quello sulla liceità o meno di misure che prevedano la vaccinazione obbligatoria come strumento di contrasto alla diffusione del COVID-19.

Naturalmente, la questione è risultata di estrema importanza anche nel contesto brasiliano, già segnato storicamente dal caso della *Revolta da Vacina*, una serie di moti popolari scoppiati nel 1904 a Rio de Janeiro contro le politiche di riforma e di risanamento urbanistici del Presidente Rodrigues Alves e del Direttore generale della salute pubblica, Oswaldo Cruz, tra le quali si era inserita proprio la previsione della vaccinazione obbligatoria contro il vaiolo, che costituì il detonatore della rivolta, pur non essendone affatto la causa unica e primaria¹⁶. Sebbene le autorità brasiliane avessero successivamente lavorato per la sensibilizzazione della popolazione e la diffusione dell'immunizzazione e reintrodotta la vaccinazione obbligatoria, per lo meno nei casi di insorgenza di focolai della malattia, appare plausibile sostenere che una delle conseguenze della *Revolta* possa essere considerata proprio il ritardo con cui il Brasile si trovò ad essere l'ultimo Paese americano da cui il vaiolo fu eliminato, risultato che venne attestato solo nel 1973¹⁷. È però importante riflettere sul fatto che le modalità di applicazione delle misure del 1904 sembrano aver inciso sulla reazione popolare non meno che il loro contenuto: in una prospettiva sostanzialmente di mero ordine pubblico, infatti, era dato potere alle autorità sanitarie di entrare nelle abitazioni anche contro la volontà dei residenti e di internare chi rifiutasse la vacci-

¹⁶ Sui fatti del 1904, v. N. SEVCENKO, *A revolta da vacina*, Porto Alegre, Scipione, 1993; J. BENCHIMOL, *Reforma urbana e Revolta da Vacina na cidade do Rio de Janeiro*, in J. FERREIRA, L.A.N. DELGADO (ofg.), *Brasil Republicano, vol. 1. O tempo do liberalismo excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, pp. 231-285. Peraltro, ricorda J.H.S. LIMA, *A vacinação obrigatória na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2021, n. 1, pp. 233-247 (237), che la vaccinazione obbligatoria contro il vaiolo era stata già prevista da leggi federali nel 1837 per l'infanzia e nel 1846 per gli adulti. Tuttavia, le leggi in questione non avevano realmente incontrato applicazione.

¹⁷ V. in proposito T.M.D. FERNANDES, D.C. CHAGAS, E.M. DE SOUZA, *Variola e vacina no Brasil no século XX: institucionalização da educação sanitária*, in *Ciência & Saúde Coletiva*, 2011, n. 2, pp. 479-489.

nazione stessa, il tutto senza un efficace accompagnamento di misure di informazione ed educazione sanitaria¹⁸.

Orbene, nel caso del COVID-19, l'art. 3 della l. n. 13.979, del 6 febbraio 2020, contenente «misure per affrontare l'emergenza internazionale per la salute pubblica dipendente dal coronavirus ...», prevede, tra le diverse misure che possono essere adottate dalle autorità competenti, la «realizzazione obbligatoria di ... vaccinazione ed altri strumenti di profilassi». L'ipotesi era quindi stata prevista dalla legge a titolo astratto, ben prima che i vaccini per il coronavirus fossero concretamente messi a punto, cosa che ha naturalmente costretto in seguito il legislatore ad ulteriori interventi di emendamento della stessa l. n. 13.979, per disciplinare adeguatamente le procedure di scelta e di somministrazione dei vaccini stessi.

L'ipotesi di prescrizione di vaccinazioni obbligatorie ha generato due ricorsi di *ação direta de inconstitucionalidade* (ADI), ai sensi dell'art. 102, I, lett. a), della Costituzione federale (CF), le ADI nn. 6.586 e 6.587, ad opera di due partiti politici¹⁹. Contestualmente e nella stessa data, il 17 dicembre 2020, il STF ha risolto anche l'*agravo em recurso especial* (ARE) n. 1.267.879²⁰, interposto da una coppia di genitori vegani che si opponeva all'obbligo di vaccinare i figli già sancito a suo carico dal Tribunale di Giustizia dello stato di S. Paulo; in questo caso, non si trattava di vaccino anti-COVID, ma delle normali vaccinazioni infantili previste come obbligatorie dalla l. n. 6.259 del 30 ottobre 1975, istitutiva del Programma Nazionale di Immunizzazione.

Non era certo la prima volta che il STF si trovava a decidere sulla costituzionalità di misure sanitarie obbligatorie. Così, per es., nelle more della crisi scatenata dalla succitata *Revolta da Vacina*, il STF aveva considerato incostituzionale una disposizione di natura regolamentare che autorizzava «le autorità sanitarie a penetrare, eventualmente con l'aiuto delle forze dell'ordine, in abitazione privata per portare a termine operazioni di spurgatura»²¹. Negli anni Venti, però, lo stesso STF aveva ritenuto costituzionali restrizioni alle libertà individuali motivate da esigenze di salute pubblica, purché previste da una legge (e non più da disposizioni regolamentari)²² e nel 1926 aveva annullato una decisione di *habeas corpus* concessa da un giudice federale del Maranhão contro la vaccinazione anti-vaiolo-

¹⁸ V. in proposito J.M. DE CARVALHO, *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a Republica que nao foi*, S. Paulo, Companhia das Letras, 1987, p. 130.

¹⁹ La sentenza congiunta e i principali atti relativi ai processi in oggetto (unificati dal relatore) sono reperibili sul sito del STF, rispettivamente agli indirizzi <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038> e <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>

²⁰ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%201267879%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

²¹ Ricorso di *Habeas Corpus* (RHC) n. 2.244/DF, pubblicato nel *Diário da Justiça* del 31 gennaio 1905 e cit. nella dichiarazione di voto del giudice relatore Ricardo Lewandowski al processo ADI 6.586 (p. 4).

²² V. in proposito D. ALMÁQUIO, *O Estado, o direito e a saúde pública*, Rio de Janeiro, 1929.

sa²³. Nel prosieguo, peraltro, gli obblighi di vaccinazione, pur accolti a diversi livelli dalla legislazione, non erano mai incorsi in problemi di costituzionalità.

Si trattava però di altri contesti storici e costituzionali²⁴. I tre procedimenti ora in esame hanno invece dato la possibilità al STF di definire con precisione l'equilibrio tra i diversi valori costituzionali in gioco e i confini di un obbligo vaccinale costituzionalmente legittimo, alla luce della CF del 1988, nella quale, come si è visto sopra, tanto le libertà personali quanto le prestazioni sociali dei poteri pubblici sono fortemente sottolineate.

Nella decisione congiunta sulle due ADI, adottata con una sola, parziale opinione dissenziente, si afferma infatti la compatibilità con la Costituzione dell'obbligo vaccinale (eventuale) di cui all'art. 3, III, d, della l. n. 13.979 cit., definendone però in questo modo i limiti: «La vaccinazione obbligatoria non significa vaccinazione forzata, nella misura in cui il rifiuto da parte dell'utente [deve rimanere] possibile, potendo però [l'obbligatorietà] essere realizzata per mezzo di strumenti indiretti, compresa tra gli altri la restrizione all'esercizio di certe attività o alla frequentazione di determinati ambienti, purché previsti dalla legge o da essa decorrenti».

C'è quindi innanzi tutto la puntualizzazione di merito che sancisce la netta differenza tra ciò che è possibile oggi, nel quadro della CF del 1988 e ciò che era parso possibile (pur con interventi limitativi ad opera dello stesso STF e a costo di suscitare una rivolta popolare) agli inizi del XX sec.: l'obbligatorietà della vaccinazione non può comportare la sua somministrazione forzata, ma solo una serie di penalizzazioni a carico di quanti vi si sottraggano.

In secondo luogo, un fondamentale limite procedurale che, però, nella prospettiva di una società liberal-democratica, è non meno un limite di principio: gli strumenti di coercizione indiretta su cui fondare l'attuazione dell'obbligo vaccinale devono innanzi tutto essere previsti dalla legge o da essa decorrere. Ne discende che, a differenza di quanto avvenuto nel 1904-05, atti di natura regolamentare potranno prescrivere strumenti di coercizione solo ove a ciò espressamente abilitati dalla legge e negli stretti limiti da questa imposti. Anche se il STF non si dilunga sul soggetto, appare evidente la preoccupazione di fondare la legittimazione di ogni misura coercitiva sulla volontà dei rappresentanti del popolo liberamente eletti, principio che naturalmente sottolinea il ruolo del Potere legislativo perché, se è pur vero che, in un sistema presidenziale come quello brasiliano, anche il Potere esecutivo trae direttamente la propria legittimazione dal voto popolare, il Presiden-

²³ V. in proposito G. HOCHMAN, *Vacinação, varíola e uma cultura da imunização no Brasil*, in *Ciência & Saúde Coletiva*, 2011, n. 2, pp. 375-386 (378).

²⁴ I fatti del 1904 e le decisioni del STF degli anni Venti si inquadrano nell'ordinamento costituzionale liberale disegnato dalla Costituzione del 1891, la prima repubblicana dopo la caduta della monarchia, certo più sbilanciata a tutela delle libertà personali che del diritto alla salute. Per contro, l'istituzione del Programma Nazionale di Immunizzazione ad opera della cit. l. n. 6.259/1975 interviene durante il regime militare instauratosi col colpo di stato dell'aprile 1964 ed auto-legittimatosi con la Costituzione del 1967 e l'Emendamento costituzionale n. 1 del 1969, pertanto in un contesto più sbilanciato a favore dell'autorità di governo che delle libertà personali.

te dell'Unione rimane pur sempre espressione di una parte, per quanto maggioritaria, del popolo sovrano, rappresentato invece in modo più completo ed esauriente nel Congresso. Tuttavia, il STF ha ben chiaro come lo stesso Potere legislativo possa esprimere, anche nella forma della legislazione, principi e disposizioni incompatibili con i valori costituzionali. Per tale motivo, la decisione qui commentata prosegue introducendo cinque limiti di merito, ampi ma piuttosto precisi, che le leggi relative alla vaccinazione obbligatoria e le misure da queste discendenti debbano assolutamente rispettare. Le eventuali misure di coercizione indiretta devono infatti «(i) fond[arsi] su evidenze scientifiche ed analisi strategiche pertinenti; (ii) [essere] accompagnate da un'ampia informazione sull'efficacia, la sicurezza e le controindicazioni degli [agenti] immunizzanti; (iii) rispett[are] la dignità umana e i diritti fondamentali delle persone; (iv) rispond[ere] ai criteri di ragionevolezza e di proporzionalità e (v) i vaccini [devono essere] distribuiti universalmente e gratuitamente». In proposito, le esigenze sottolineate dal STF non indicano solo un quadro di riferimento fondamentale per l'azione ventura del legislatore e dell'amministrazione, ma costituiscono altresì una (neanche troppo) velata sconfessione dell'azione in corso ad opera dell'Esecutivo federale. Così, tanto il richiamo al necessario fondamento scientifico delle misure sanitarie da adottarsi, quanto quello all'ampia informazione sugli agenti immunizzanti, che si incontrano ripetutamente in questa sede e in altre pronunce del STF che si avrà modo di esaminare, non costituiscono una pedante sottolineatura di esigenze indiscutibili ma scontate, nel momento in cui, come denunciato in più sedi²⁵ e come verrà più tardi sancito nella relazione finale della CPI, l'intera strategia del governo federale in materia di COVID-19 si basa invece sulla sottovalutazione delle evidenze scientifiche, sul ricorso a materiali, sostanze e procedure prive di supporto scientifico e persino sulla diffusione deliberata di notizie false in materia²⁶.

²⁵ V., tra i tanti, A. ZIMMERMAN, R.D. LOPES, A. D'ÁVILA, L.E. ROHDE, L.I. ZIMMERMAN, *COVID-19 in Brazil: the headlines should be about science*, in *The Lancet*, v. 396, 5 dicembre 2020, p. 1803; P.C. HALLAL, *SOS Brazil: science under attack*, in *The Lancet*, v. 397, 30 gennaio 2021, pp. 373-374; L. TAYLOR, *'We are being ignored': Brazil's researchers blame anti-science government for devastating COVID surge*, in *Nature*, 27 aprile 2021, all'indirizzo <https://www.nature.com/articles/d41586-021-01031-w>

²⁶ «Sono stati dimostrati l'esistenza di un gabinetto parallelo, l'intenzione di immunizzare la popolazione tramite contaminazione naturale, la preferenza data a un trattamento precoce la cui efficacia non aveva fondamento scientifico, la disincentivazione all'uso di misure non farmacologiche. Parallelamente, c'è stato deliberato ritardo nell'approvvigionamento delle sostanze immunizzanti ...

È stato appurato che il gabinetto parallelo era composto da medici, politici ed impresari. Il gruppo, che non possedeva alcuna formale investitura in cariche pubbliche, dava orientamenti al Presidente della Repubblica su come affrontare la pandemia da COVID-19 e partecipava alle decisioni sulle politiche pubbliche, senza che venissero osservati gli orientamenti tecnici del Ministero della Salute...

[La strategia di perseguimento dell'immunità di gregge] ha portato il Presidente Jair Bolsonaro, da un lato, a resistere ostinatamente all'applicazione di misure non farmacologiche, quali l'uso della mascherina e il distanziamento sociale, e soprattutto a non accelerare l'acquisto di sostanze immunizzanti, bensì, al contrario, ad enfatizzare la cura tramite medicine, attraverso il c.d. "trattamento precoce" ...

Altra bandiera del governo federale ... è stata la difesa incondizionata e reiterata dell'uso della cloroquina e dell'idrossicloroquina, così come di altri farmaci, quali l'ivermectina e l'azitromicina, anche dopo che gli studi scientifici, l'OMS e altre autorità sanitarie in tutto il mondo avevano dimostrato l'inefficacia di questo trattamento ...

Ulteriori puntualizzazioni discendono poi dalla decisione nel processo ARE n. 1.267.879 cit., in cui il STF, all'unanimità, ribadisce che la libertà di coscienza tutelata dall'art. 5, nn. VI e VIII, CF, deve essere bilanciata dal principio costituzionale della difesa della vita e della salute di tutti (artt. 5 e 196 CF), nonché da quello del valore primario della protezione dell'infanzia e dell'adolescenza (art. 227 CF). Nell'argomentazione della corte, la previsione della vaccinazione obbligatoria può ben fondarsi, «in situazioni eccezionali», sulla facoltà dello Stato di proteggere le persone anche contro la loro volontà, considerazione di particolare rilievo perché, in realtà, non attiene direttamente al caso in oggetto, ma sembra esservi calata con precisi intenti pedagogici nella prospettiva della eventuale obbligatorietà della vaccinazione anti-COVID: infatti, il caso riguardava le ordinarie vaccinazioni infantili e pertanto poteva essere collegato all'idea di «situazioni eccezionali» soltanto sull'assunto (sostenibile, ma non esplicitato dalla sentenza) che la mancata vaccinazione dei bambini in oggetto contro le altre patologie previste li potesse esporre, ove avessero contratto una di queste, anche a maggiori rischi in caso di esposizione al coronavirus. Più solida appare comunque la prosecuzione del ragionamento della corte, là dove, a) sul piano dei rapporti sociali, si esclude la liceità di comportamenti individuali suscettibili di danneggiare gravemente i diritti di terzi, considerando come la vaccinazione miri alla protezione di «tutta la società», e b) sul piano dei rapporti familiari, si esclude che l'orientamento filosofico dei genitori li possa autorizzare a mettere in pericolo la salute dei figli.

Alla luce di questo percorso argomentativo, il STF sancisce che «è costituzionale l'obbligo di immunizzazione tramite vaccino che, registrato presso un organo di vigilanza sanitaria, (i) sia stato incluso nel Programma Nazionale di Immunizzazione o (ii) debba essere obbligatoriamente somministrato per disposizione di legge o (iii) sia oggetto di decisione [in tal senso] dell'Unione, di uno Stato, del Distretto federale o di un municipio, sulla base del consenso medico-scientifico. In tali casi, non si dà luogo a violazione della libertà di coscienza e di convincimento filosofico dei genitori o dei responsabili, né del potere della famiglia».

La decisione appare di particolare interesse perché solo l'ultimo periodo citato la ri-contestualizza in relazione al processo che la ha generata, mentre i principi in essa enunciati, al pari di alcuni passaggi argomentativi, appaiono in realtà proiettati sul più vicino (e per molti aspetti più urgente) campo della lotta al coronavirus. In particolare, la necessità di registrazione del vaccino presso un organo di vigilanza sanitaria, di per sé ragionevole precauzione per garantire il fondamento scientifico dell'uso della sostanza immunizzante, richiama infatti il complesso problema dell'autorizzazione eccezionale e temporanea

La diffusione di notizie false, le c.d. *fake news*, ha contribuito al raggiungimento dell'obiettivo negazionista. Su questo punto, la CPI ha appurato che non ci sono state solo omissioni da parte degli organi ufficiali di comunicazione nel combattere le voci infondate e la disinformazione, ma c'è stata una sostanziosa attività da parte dei vertici del governo, soprattutto del Presidente della Repubblica, nell'incoraggiare la diffusione di *fake news*» (SENADO FEDERAL, CPI DA PANDE-
MIA, *Relatório final*, cit., pp. 1271, 1272 e 1273).

all'importazione di materiali e medicinali non registrati presso l'apposito ente brasiliano (*Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, ANVISA), prevista dall'art. 3, n. VIII, della l. n. 13.979 cit. per facilitare l'immissione in circolazione dei medicinali (quindi in ipotesi anche vaccini) necessari per la lotta al coronavirus. In effetti, nella propria redazione originaria, il testo di legge prevedeva che tali sostanze e materiali potessero essere importati in via eccezionale e temporanea, anche se non registrati presso ANVISA, purché registrati da autorità sanitarie straniere e previsti in atto del Ministero federale della Salute. La l. n. 14.006, del 28 maggio 2020, però, ha da un lato ristretto questa possibilità alle sole sostanze e materiali registrati e autorizzati alla distribuzione da quattro agenzie di controllo medico e farmaceutico straniere considerate di particolare prestigio ed attendibilità²⁷, eliminando però la necessità della previsione dell'atto del Ministero della Salute.

Com'era facile prevedere, la conflittualità in materia di vaccinazioni si è moltiplicata nel momento in cui vaccini contro il COVID-19 hanno effettivamente cominciato ad esistere e a circolare, tanto più in considerazione della chiusura dell'atteggiamento del governo federale nei loro confronti. Dato però che nelle altre sentenze qui in esame il tema della vaccinazione si intreccia con altri temi di interesse del presente lavoro, queste verranno trattate nelle prossime pagine.

3. Giurisdizionalizzazione della salute e federalismo

Il punto (iii) della sentenza nel processo ARE n. 1.267.879, cit., introduce un altro tema cruciale, ovvero quello dell'influenza esercitata dalla crescente giurisdizionalizzazione della salute, in occasione della pandemia di COVID-19, sul funzionamento del federalismo brasiliano.

Per sua natura, il federalismo tratteggiato dalla CF del 1988 e basato sul triplice livello territoriale dell'Unione, degli stati/distretto federale e dei municipi (questi ultimi pure dotati di una competenza definita legislativa dall'art. 30 CF, sia pure solo in relazione a questioni locali e/o all'eventuale integrazione della legislazione federale e statale), deve essere un federalismo di tipo cooperativo. L'ampiezza e l'importanza delle funzioni che, ai sensi dell'art. 23 CF sono di competenza comune degli enti dei tre livelli, nonché delle materie che, ai sensi del successivo art. 24 CF, rientrano nella potestà legislativa concorrente dei due livelli superiori, sono tali che qualsiasi approccio competitivo nel funzionamento delle relazioni federali comporterebbe gravi rischi di paralisi per politiche e servizi pubblici essenziali. Oltre tutto, poi, come ricordato sopra, il titolo VIII CF, dedicato all'«ordinamento sociale», predispone già (e in un'ottica, appunto, cooperativistica) contenuti, modalità e

²⁷ Si tratta della statunitense *Food and Drug Administration*, dell'europea *European Medicines Agency*, della giapponese *Pharmaceuticals and Medical Devices Agency* e della cinese *National Medical Products Administration*.

strutture organizzative necessarie a realizzare le politiche pubbliche per l'attuazione dei fini sociali costituzionali.

Limitandosi alla questione della salute, come quella che interessa in questa sede, per es., l'art. 23, II, CF assegna alla competenza comune dell'Unione, degli stati, del distretto federale e dei municipi la funzione di «curare la salute e l'assistenza pubblica, la protezione e la garanzia delle persone con disabilità». Per lo svolgimento di tale funzione²⁸, l'art. 24, XII, CF assegna alla competenza concorrente di Unione, stati e distretto federale la legislazione in materia di «previdenza sociale, protezione e difesa della salute»; a questa competenza potrebbe inoltre eventualmente aggiungersi, come spiegato sopra, una competenza legislativa integrativa dei municipi, dato che il criterio prevalente nella logica costituzionale della distribuzione delle competenze, nella CF del 1988, risulta in ultima analisi essere quello della dimensione dell'interesse trattato²⁹. Va notato che se, nella sua struttura essenziale, la distribuzione della competenza legislativa concorrente appare analoga a quella italiana («norme generali» alle leggi federali e di dettaglio a quelle statali: art. 24, §1, CF), lo stesso art. 24, §§ 2-3, CF ribadisce però attentamente che «la competenza dell'Unione sull'adozione di norme generali non esclude la competenza supplementare degli stati» e che «in mancanza di una legge federale sulle norme generali, gli stati eserciteranno la competenza legislativa piena», quasi a volersi cautelare rispetto all'ipotesi di inadempienza da parte del Legislativo federale. Nel titolo VIII, poi, la salute è qualificata non solo come un «diritto di tutti», ma anche come un «dovere dello Stato» (art. 196). In proposito, va sottolineato come in questo caso l'uso del vocabolo «*Estado*», al pari di quanto accade nella Costituzione italiana col vocabolo «Repubblica», implica la responsabilizzazione di tutti i livelli politico-amministrativi esistenti, giacché, quando vuol riferirsi alla sola federazione, la CF usa il vocabolo «*União*». Ciò è confermato dalle successive previsioni sull'istituzione del Sistema Unico di Salute (SUS), che, tra le altre cose, deve costituire una «rete regionalizzata e gerarchizzata», decentralizzata e con «direzione unica ad ogni livello di governo», nonché essere aperta alla «partecipazione della comunità»; e dal fatto che il suo finanziamento si basi su fondi dei bilanci della sicurezza sociale e degli enti di tutti i tre livelli di governo (art. 198). Al di là delle difficoltà di implementazione di un quadro costituzionale caratterizzato da un elevato tasso di programmaticità, il disegno costituzionale del SUS appare comunque tratteggiato chiaramente come un sistema che deve essere guidato dal centro ma in un quadro di coordinamento tra gli enti che permetta il miglior adeguamento possibile alle realtà e alle esigenze locali.

²⁸ Il parallelismo tra l'attribuzione di competenze materiali e legislative è sottolineata, tra gli altri, da D.A. DOURADO, S.G. DALLARI, P.E.M. ELIAS, *Federalismo sanit rio brasileiro: perspectiva da regionaliza o no sistema único de saúde*, in *Revista de Direito Sanitário*, 2012, n. 3, pp. 10-24.

²⁹ In tal senso si esprimono, tra gli altri, J.A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, S. Paulo, Malheiros, 25^a ed., 2005, p. 478; e G.S. CORRALO, *A pandemia COVID-19 e o poder municipal: decis es do Supremo Tribunal Federal e o impacto na federa o brasileira*, in *Revista Jurídica (FURB)*, v. 25, n. 56, set. 2021, disponibile all'indirizzo web <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/9892>.

In un contesto emergenziale come quello della pandemia di COVID-19, che ha comportato un po' ovunque nel mondo la sottolineatura del momento decisionale delle autorità centrali, in virtù del carattere globale del problema e della necessità di dare risposte immediate e coordinate, si sarebbe potuto pensare che anche in Brasile le esigenze emergenziali rafforzassero la componente gerarchica della risposta anti-pandemica e che gli organi giurisdizionali eventualmente investiti dei conseguenti conflitti di competenza avallassero la stretta centralizzatrice, in nome del bene costituzionale superiore della tutela della salute pubblica, tanto più che, da un lato, una certa ambivalenza del dettato costituzionale potrebbe permettere al giudice di sottolineare l'aspetto della gerarchizzazione del SUS o quello della necessaria cooperazione, a seconda delle esigenze del momento; e, d'altro lato, il già citato criterio della dimensione dell'interesse coinvolto, dato il carattere globale della crisi pandemica, non avrebbe potuto che favorire l'attrazione delle competenze verso il livello di governo superiore, rientrando nella logica stessa del federalismo cooperativo la «necessità di uniformare determinati interessi ad un livello basale di collaborazione»³⁰. Chi scrive è convinto che tali avrebbero potuto essere gli sviluppi anche nel caso brasiliano, se la linea “negazionista” adottata dal Presidente Bolsonaro, non avesse invertito quello che poteva essere considerato il corso “normale” (almeno da un punto di vista statistico) di sviluppo dell'azione istituzionale, costringendo tutti gli altri attori a ridefinire la propria posizione e generando così, da un lato, un'ulteriore intensa crescita della litigiosità giudiziaria attorno ai temi della salute (con conseguente protagonismo, per quanto non ricercato, del STF) e, d'altro lato, la generazione di un vero e proprio «caos sanitario» nel quadro di un «federalismo scoordinato»³¹ in cui le decisioni di maggior cautela assunte da numerose autorità statali o municipali (imposizione di distanziamento, obbligo di utilizzo di mascherine, chiusura di attività, limitazione nei trasporti, ecc.) hanno incontrato attiva opposizione e blocco ad opera delle autorità esecutive federali. La cit. relazione finale della CPI sulla pandemia del Senato federale, dà conto, tra gli altri aspetti, di come il Presidente Bolsonaro abbia sì tentato di accentrare i sistemi di controllo sanitario nelle mani dei servizi federali, ma col preciso intento di perseguire l'immunizzazione di gregge per esposizione al virus anziché di combattere la diffusione dello stesso³². Nel mondo rovesciato che il Brasile è venuto a costituire in occasione della pandemia da COVID-19, non può quindi stupire che il STF abbia difeso a spada tratta le competenze dei diversi enti

³⁰ In tal senso, su un piano generale, T.S. FERRAZ JÚNIOR, *Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal*, in *Revista Trimestral de Direito Público* (S. Paulo), v. 7, 1994, pp. 16-20.

³¹ Le due definizioni sono di K.D. RIBEIRO, L.C. LIMA, S.M.C. DE SOUZA, K.E. PIMENTEL, *O caos sanitário da crise por COVID-19 no Brasil e o direito à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, n. suppl., a. 10, dic. 2021, pp. 116-133.

³² «Nel 2020, il governo federale ha adottato innumerevoli disposizioni relative al COVID-19, che hanno mostrato una strategia di propagazione del virus condotta in forma sistematica dall'esecutivo federale, a cui seguivano tentativi di resistenza da parte degli altri poteri ed enti della federazione» (SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., p. 1274).

della federazione in materia di salute, non per pedissequa ed astratta applicazione letterale del testo costituzionale, bensì nel tentativo, perfettamente cosciente delle contingenze in essere, di permettere una miglior tutela del bene costituzionalmente superiore costituito dalla salute pubblica. Appare lecito – anche se drammatico – affermare che se, per es., in Italia e in Spagna le corti costituzionali hanno accettato compressioni delle competenze regionali in vista dell'esigenza di una più efficace e coordinata azione di contrasto al coronavirus, in Brasile il STF è stato costretto a sottolineare le competenze statali e municipali per permettere almeno a quanti volevano farlo di esercitare tale contrasto.

Già nella sentenza sulla ADI 6.341 del 15 aprile 2020³³, in cui pure il STF riconosce il potere presidenziale di disporre con decreto sui servizi pubblici e le attività essenziali (potere introdotto al § 9 dell'art. 3 l. n. 13.979 cit., ad opera della misura provvisoria presidenziale n. 926 del 20 marzo 2020, ma comunque successivamente rimodulato dalla l. n. 14.035, dell'11 agosto 2020, a favore della «rispettiva autorità» competente), lo stesso sottolinea nondimeno che tale potere debba esercitarsi preservando «le attribuzioni di ogni livello di governo». Peraltro, pur nell'indubbia necessità costituzionale di garantire il federalismo, il reale timore del STF, cioè che la concentrazione di potere nelle mani del contingente Esecutivo federale si tramuti in un ostacolo alla lotta contro la pandemia anziché costituirne un volano, appare chiaramente dal punto n. 3 del compendio della decisione: «Il peggior errore nella formulazione delle politiche pubbliche è l'omissione, soprattutto nel caso delle attività essenziali richieste dall'art. 23 della Costituzione federale. È grave che, sotto la copertura della competenza esclusiva ... si premi l'inattività del governo federale, impedendo che gli Stati e i Municipi, nell'ambito delle rispettive competenze, applichino le politiche pubbliche essenziali». Non solo, ma, a marcare la propria opposizione ad ogni tentativo di centralizzazione da parte del governo federale, il STF ribadisce in questa sede che «la direttrice costituzionale della gerarchizzazione [del SUS] risultante dal primo comma dell'art. 198 [CF] non ha significato gerarchizzazione tra gli enti della federazione, ma comando unico all'interno di ognuno di essi» (punto n. 4). Da qui l'enunciazione della logica che guiderà tutta la successiva giurisprudenza del STF sulle questioni che legano l'emergenza pandemica e la distribuzione delle competenze nella federazione: «Poiché la finalità attuativa degli enti della federazione è comune, la soluzione dei conflitti sull'esercizio delle competenze dev'essere orientata alla miglior realizzazione del diritto alla salute, corroborata dalle evidenze scientifiche e dalle raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità» (punto n. 7).

La successiva sentenza nel processo ADI n. 6.343, emessa dal plenario del STF il 6 maggio 2020³⁴ (ancora quindi nella fase in cui non erano stati messi a punto i vaccini), sembra

³³ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>

³⁴ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>

chiarire in modo netto come la difesa delle competenze degli enti federati da parte del STF sia stata, nel frangente della crisi da coronavirus, più legata ai contenuti specifici dell'azione del potere esecutivo federale che ad un'astratta interpretazione costituzionale. La corte comincia infatti affermando che «in momenti di forte crisi, il rafforzamento dell'unione e l'ampliamento della cooperazione tra i tre poteri, nell'ambito di tutti gli enti della federazione, sono strumenti essenziali ed imprescindibili ... nella difesa dell'interesse pubblico» (punto n. 1 del compendio della decisione). Inoltre, «la gravità dell'emergenza ... esige dalle autorità brasiliane, a tutti i livelli di governo, la realizzazione concreta della protezione della salute pubblica, con l'adozione di tutti i mezzi possibili e tecnicamente sostenibili per il supporto e il mantenimento delle attività del Sistema Unico di Salute» (punto n. 2) ed a tal fine «l'Unione ha un ruolo centrale, primario e imprescindibile di coordinamento di fronte a una pandemia internazionale, secondo i modelli che la Costituzione ha delineato nel SUS» (punto n. 3). Un simile *incipit*, ove decontestualizzato, parrebbe dover preludere all'accettazione ed alla giustificazione di un crescente livello di concentrazione di potere nelle mani degli organismi sanitari dell'Unione, nell'ottica dell'approntamento del miglior contrasto possibile alla pandemia. Ma il STF deve fronteggiare un potere esecutivo federale che latita ed anzi ostacola: ecco allora che la successiva ricostruzione delle competenze amministrative comuni e delle competenze legislative concorrenti in materia di salute, nonché della competenza legislativa supplementare dei municipi e del carattere decentralizzato dell'organizzazione del SUS (effettuata brevemente nel punto n. 4) prepara il terreno per sancire che «non compete, quindi, al Potere Esecutivo federale bloccare unilateralmente le decisioni dei governi statali, distrettuale e municipali che, nell'esercizio delle rispettive competenze costituzionali, hanno adottato o vengano ad adottare, sui rispettivi territori, importanti misure restrittive come l'imposizione del distanziamento o dell'isolamento sociale, la quarantena, la sospensione di attività di insegnamento, restrizioni al commercio, alle attività culturali e alla circolazione delle persone, tra gli altri meccanismi riconosciuti come efficaci per la riduzione del numero degli infetti e dei decessi, come dimostrano la raccomandazione dell'OMS ... e diversi studi tecnico-scientifici» (punto n. 5)³⁵. In conseguenza, il STF, questa volta a maggioranza, impone un'interpretazione della controversa l. n. 13.979 cit. nel senso di esentare Stati e municipi da ogni autorizzazione dell'Unione e dall'uniformarsi a decisioni di organi federali, qualora vogliano adottare misure più restrittive in materia di circolazione delle persone (fatte salve le garanzie rela-

³⁵ Anche nel processo ADFP 770 (sul quale v. *infra*) si può rilevare una sorta di "nostalgia" per ciò che potrebbe significare un forte intervento federale, orientato però realmente al contrasto della pandemia, e al contempo l'amara disillusione circa le reali intenzioni del Governo federale in carica: «*Sebbene l'ideale, trattandosi di una malattia che colpisce l'intero Paese, sarebbe l'inserimento di tutti i vaccini sicuri ed efficaci nel PNI [Piano Nazionale di Immunizzazione], in modo da immunizzare uniformemente e tempestivamente tutta la popolazione, è certo che nei diversi precedenti relativi alla pandemia ... il Supremo Tribunale Federale ha dato risalto alla possibilità di azione congiunta delle autorità statali e locali nell'affrontare questa emergenza di salute pubblica, soprattutto per sopperire a lacune od omissioni del governo centrale*» (punto IV del compendio della sentenza, corsivi nss.).

tive ai prodotti e servizi essenziali definiti dalla federazione), nonché di poter fondare tali misure sulle indicazioni dei propri organi tecnici, senza dover necessariamente far riferimento a quelli federali.

Anche le sentenze ADI 6.586 e 6.587 ed ARE 1.267.879, già citate sopra a proposito dei vaccini, ribadiscono con forza la competenza diffusa in materia. Così, nella prima, ricordato su un piano generale che «la competenza del Ministero della Salute, di coordinare il Programma Nazionale di Immunizzazione e definire i vaccini che facciano parte del calendario nazionale di immunizzazione, non esclude quella degli Stati, del Distretto Federale e dei Municipi di adottare misure profilattiche e terapeutiche destinate ad affrontare la pandemia ... in ambito regionale o locale, nell'esercizio del potere-dovere di «curare la salute e l'assistenza pubblica», assegnato loro dall'art. 23, II» CF (punto IV del compendio della sentenza), si stabilisce che le misure relative all'eventuale adozione dell'obbligo vaccinale, pur nei limiti sopra illustrati, «possono essere applicate tanto dall'Unione, quanto dagli Stati, dal Distretto Federale e dai Municipi, nel rispetto delle rispettive sfere di competenza». Mentre la seconda, come si è già visto, ribadiva la legittimità costituzionale de «l'obbligo di immunizzazione tramite vaccino» ove ciò fosse «oggetto di decisione dell'Unione, di uno Stato, del Distretto federale o di un municipio».

Ma particolare rilievo acquista la sentenza nel processo ADPF 770, del 24 febbraio 2021³⁶. Si tratta di una richiesta di misura cautelare nell'ambito di un ricorso di accusa di inattuazione di precetto fondamentale. In questo caso, il ricorso era stato introdotto dal Consiglio federale dell'Ordine degli avvocati brasiliano, a fronte delle «azioni ed omissioni del potere pubblico federale, soprattutto della Presidenza della Repubblica e del Ministero della Salute, concretatesi nel ritardo nel fornire alla popolazione un piano definitivo nazionale di immunizzazione, nonché il registro e l'accesso al vaccino contro il COVID-19», comportamenti che si traducevano così, secondo il ricorrente, nella violazione dei principi costituzionali fondamentali della dignità della persona umana (art. 1, n. III, CF), dell'uguaglianza dei cittadini (art. 5 CF) e del diritto alla salute (artt. 6 e 196 CF). In proposito, la linea del STF era già stata chiaramente delineata con la decisione monocratica del giudice Ricardo Lewandowski, nella stessa data (17 dicembre 2020) in cui erano stati decisi i ricorsi ADI 6.586 e 6.587 ed ARE 1.267.879, cit.; tale decisione è poi stata fatta propria all'unanimità dal plenario del tribunale il successivo 24 febbraio 2021, stabilendo che «gli Stati, il Distretto federale e i Municipi (i) in caso di inattuazione del Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19, recentemente reso pubblico dall'Unione, o nell'ipotesi che questo non provveda una copertura immunologica tempestiva e sufficiente contro la malattia, potranno somministrare alle rispettive popolazioni i vaccini di cui dispongano, previamente approvati da ANVISA, oppure (ii) se questa agenzia gover-

³⁶ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402>

nativa non rilasciasse l'autorizzazione necessaria nel termine di 72 ore, potranno importare e distribuire vaccini registrati da almeno una delle autorità sanitarie straniere e autorizzati per la distribuzione commerciale nei rispettivi Paesi, nei termini dell'art. 3 cpv., n. VIII, lett. a) e dell'art. 3, § 7-A della l. n. 13.979/2020».

In proposito, non si può non notare che la decisione del STF ribadisce in realtà semplicemente ciò che la l. n. 13.979 cit. già affermava³⁷ e questa reiterazione può spiegarsi solamente alla luce del boicottaggio attivo esercitato dall'Esecutivo federale rispetto al dovere di dare applicazione alla legge stessa. Peraltro, nell'ottica del federalismo cooperativo che, nel disegno costituzionale brasiliano, dovrebbe caratterizzare tutte le principali politiche sociali, il contenuto della sentenza è in realtà un doloroso grido di allarme, un "si salvi chi può" di fronte al sottrarsi al proprio dovere da parte di quella che avrebbe dovuto auspicabilmente essere la cabina di regia di tutte le operazioni di contrasto al coronavirus. Un simile grido appare poi tanto più doloroso se si considera che, alla luce di tale pronuncia, appare chiaramente l'altra fondamentale vittima, insieme al diritto alla salute, della politica governativa di mancato contrasto al coronavirus, ovvero il principio di uguaglianza dei cittadini, poiché l'attuazione del diritto alla salute dipenderà ora non solo (come già troppo spesso è) dalle differenze di condizione economica personale (con conseguente possibilità o meno di far ricorso al circuito della sanità privata), bensì anche dalle differenze di orientamento politico dei governi locali e dalle differenze di condizione economica complessiva tra gli enti locali interessati³⁸, che potranno avere maggiori o minori disponibilità da investire nella campagna vaccinale, sempre ammesso che intendano realizzarla... La situazione si è poi leggermente decontratta con l'avvio del Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19, anche se, come si vedrà nel prossimo paragrafo, soprattutto nei primi mesi di attuazione, stante la perdurante scarsità di vaccini a disposizione, questo è stato a sua volta oggetto di importanti interventi giurisdizionali. Il suo inizio e il suo successivo perfezionamento hanno comunque portato il STF a ribadire l'importanza del ruolo di coordinamento spettante all'Unione e della necessità che gli enti della federazione si muovano all'interno dell'orientamento da essa dato, pur potendo in situazioni eccezionali e col debito fondamento scientifico, effettuare aggiustamenti del Pia-

³⁷ Come modificato dalla l. n. 14.006/2020 cit. e dalla l. n. 14.035, dell'11 agosto 2020, l'art. 3, n. VIII, lett. a) della l. n. 13.979 cit. recita: «Per affrontare l'emergenza di salute pubblica di importanza internazionale di cui tratta la presente legge, le autorità potranno adottare, nell'ambito delle rispettive competenze, tra l'altro, le seguenti misure: ... VIII. Autorizzazione eccezionale e temporanea all'importazione e distribuzione di qualsiasi materiale, medicinale, equipaggiamento e risorsa nel campo della salute, soggetti a vigilanza sanitaria, non registrati da ANVISA, che siano considerati essenziali nell'aiuto a combattere la pandemia da coronavirus, purché: a) registrati da almeno 1 (una) delle seguenti autorità sanitarie straniere: ...» [segue l'elenco dei quattro enti, per cui si rinvia *supra*, alla nota n. 27]. Ancora come modificato dalla l. n. 14.006/2020 cit., l'art. 3, § 7-A, della l. n. 13.979 cit. sancisce che l'ANVISA debba concedere l'autorizzazione di cui sopra entro settantadue ore, il cui inutile decorso deve interpretarsi come silenzio-assenso.

³⁸ Si vedano le pagine specificamente dedicate dalla Relazione finale della CPI al tracollo del sistema di salute pubblica nello stato di Amazonas: SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., pp. 260-318.

no per adattarlo a esigenze locali, specie ove si identifichino focolai particolari in gruppi sociali definiti³⁹.

4. Giurisdizionalizzazione della salute e inazione del governo federale

L'inazione del governo federale e la sua ostinazione a concentrarsi su cure scientificamente inefficaci, trascurando dapprima le misure non farmacologiche di prevenzione della diffusione del COVID-19, poi i vaccini messi a punto dalla ricerca scientifica, hanno comportato violazione della CF sotto molteplici aspetti.

In più di un'occasione, la questione coronavirus si è intrecciata con quella della tutela dei diritti delle popolazioni indigene e di altri gruppi etnici teoricamente protetti dalla legislazione brasiliana⁴⁰, ma lasciati in realtà molto spesso alla mercé dell'espansione di attività economiche illegali (soprattutto estrazione mineraria e disboscamento per l'utilizzo del legname) condotte da soggetti che sfuggono al controllo delle istituzioni pubbliche o che possono contare su un loro tacito assenso. Così, il STF si è trovato a dover decidere nel processo ADPF 709⁴¹, su accusa presentata dall'Organizzazione dei Popoli Indigeni del Brasile (*Articulação dos Povos Indígenas do Brasil*, APIB) e da diversi partiti politici e relativa all'inazione federale nei confronti delle sempre più numerose sottrazioni di terre alle popolazioni indigene ad opera di cercatori di minerali e disboscatori illegali che mettono sistematicamente in pericolo la vita, la salute e la sicurezza delle popolazioni. Secondo i ricorrenti, oltre ai danni risultanti da avvelenamenti da mercurio (utilizzato nell'estrazione mineraria), da attacchi armati diretti e dal sovvertimento dell'ecosistema di riferimento, gli invasori sono responsabili diretti della diffusione dell'epidemia di COVID-19 tra popolazioni che, per il loro naturale isolamento, avrebbero potuto esserne esenti, con un minimo di attenzione da parte delle istituzioni pubbliche. La complessità del tema e la peculiarità del percorso delle accuse di inattuazione di principi fondamentali hanno finora

³⁹ V. in tal senso la ADPF 829, su ricorso del Governatore dello stato di Rio Grande do Sul, con la decisione monocratica del giudice Ricardo Lewandowski in data 3 maggio 2021. I principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6156830>

⁴⁰ L'art. 232 CF riconosce la pienezza del possesso, da parte delle popolazioni indigene, delle terre da loro tradizionalmente occupate, dando all'Unione il compito di demarcare le terre e di proteggere i beni di tali popolazioni, cui spetta «l'usufrutto esclusivo delle ricchezze del suolo, dei fiumi e dei laghi» presenti nelle terre in oggetto (§ 2). Queste ultime poi sono inalienabili e indisponibili, così come sono imprescrittibili i diritti su di esse (§ 4) e sono nulli tutti gli atti che abbiano ad oggetto l'occupazione di tali terre o lo sfruttamento delle loro risorse da parte di soggetti diversi (§ 6). Le comunità e organizzazioni indigene, poi, in base all'art. 232 CF, sono soggetti abilitati ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi. È però noto come le significative ricchezze dei territori in oggetto li rendano preda di continui e sistematici attacchi depredatori da parte di operatori economici senza scrupoli.

⁴¹ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>

portato, oltre a numerose decisioni monocratiche del relatore, a due sentenze del plenario del STF. Nella prima, del 5 agosto 2020, la corte intimava all'Unione diversi adempimenti (definendo anche una tempistica molto serrata): per i popoli indigeni in isolamento o di recente contatto, la creazione di barriere sanitarie volte a impedire l'ingresso di terzi nelle terre indigene e l'istituzione di un'unità di crisi (*Sala de Situação*) contenente anche rappresentanti delle istanze federali di garanzia e altri indicati dall'APIB, per gestire l'azione di contrasto al COVID-19 in relazione a tali popoli; per i popoli indigeni in generale, l'elaborazione di un Piano specifico di contrasto al COVID-19 in relazione ai popoli indigeni, dovendo tra l'altro contenere strumenti emergenziali di contrasto all'invasione delle terre e in generale al contatto esterno, e l'estensione del Sottosistema Indigeno di Salute (già esistente nel quadro del SUS) alle popolazioni indigene viventi in villaggi esterni alle terre omologate o non viventi in villaggio. Naturalmente, per come è configurato l'istituto dell'ADPF, l'intervento del STF volto ad ottenere l'attuazione di un precetto fondamentale della Costituzione non può esaurirsi in un atto puntuale (come potrebbe essere, per es., nel contesto di un ricorso per *habeas corpus ex art. 102, I, d*), CF, con l'ordine di liberazione di un carcerato), ma necessita di un monitoraggio continuativo ad opera dello stesso STF, per cui la sentenza in oggetto non chiude affatto il processo. Successiva sentenza dell'11-18 giugno 2021 (ma pubblicata solo il 26 agosto), evidentemente a fronte di risultati insufficienti, intima all'Unione di adottare misure immediate ed efficaci di «tutela della vita, della salute e della sicurezza delle popolazioni indigene che abitano le terre indigene Yanomami e Munduruku», imponendo che queste misure siano coperte da segreto, dovendo garantire la Procura Generale della Repubblica il necessario controllo sui loro contenuti, ed autorizzando preventivamente la distruzione di tutti gli strumenti e i frutti delle attività illecite di invasione, al fine di prevenire il loro ripetersi. Da giugno 2021 in poi, l'ADPF 709 ha continuato il proprio percorso, tra richieste di chiarimenti e di correzioni da parte dei ricorrenti, discutibile implementazione da parte dell'Unione e conseguenti nuove decisioni monocratiche del relatore, da ultima la misura cautelare disposta il 21 ottobre 2021 su petizione dell'APIB, continuandosi a rilevare una maggior vulnerabilità epidemiologica delle popolazioni amerindie, nella quale si è imposta all'Unione la somministrazione della dose vaccinale di richiamo agli indigeni inseriti nei criteri del Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19 (cioè anziani, immunodepressi e operatori sanitari) indipendentemente dal contesto di vita in cui siano inseriti (terre omologate o meno o urbanizzazione), nonché l'inserimento degli adolescenti indigeni tra i 12 e i 17 anni tra i gruppi prioritari previsti dal Piano stesso.

Analoghe caratteristiche di *work in progress* si ritrovano nelle vicende del processo ADPF 742⁴², su ricorso del Coordinamento Nazionale di Organizzazione delle Comunità Nere Ru-

⁴² La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>

rali *Quilombola* (*Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas*, CONAQ)⁴³. Pure in questo caso, nella sentenza del 24 febbraio 2021, a fronte della loro allegata maggiore vulnerabilità alla pandemia, la corte intima all'Unione di preparare un piano di contrasto al COVID-19 specifico per le popolazioni *quilombola*, con la partecipazione dei loro rappresentanti espressi dalla CONAQ stessa e nell'ambito di un apposito gruppo di lavoro composto anche da rappresentanti delle istituzioni federali di garanzia e di associazioni di tutela della salute, il quale avrà poi il compito di monitorare l'esecuzione del piano; di inserire nel registro dei casi di COVID-19 il dato relativo all'appartenenza etnica del malato, onde consentire un miglior monitoraggio della diffusione epidemiologica; di ripristinare due piattaforme pubbliche di accesso (quella del Sistema di Monitoraggio delle Politiche di Promozione dell'Uguaglianza Razziale e quella del Ministero dei Diritti Umani sulle comunità tradizionali) da cui erano stati rimossi i dati relativi alla popolazione *quilombola*. Ancora una volta, la risposta del governo federale risulta in parte dilatoria ed in parte insoddisfacente, spingendo il 29 giugno il relatore ad adottare una decisione monocratica in cui si intima di estendere la protezione a tutti i *quilombola* e non solo a quelli residenti nei territori riconosciuti⁴⁴, misura di particolare importanza se si considera che, secondo la *Comissão Pró-Índio de São Paulo* ancora oggi, a più di trent'anni dall'entrata in vigore dei testi costituzionali, soltanto il 9% delle comunità *quilombola* avrebbe ottenuto dall'Unione o dagli stati il riconoscimento del territori di pertinenza⁴⁵; decisione che nella sua sostanza deve essere reiterata il successivo 8 settembre, stante la mancata applicazione datane dal governo federale.

I due casi finora considerati riguardavano il problema dell'insoddisfacente identificazione e tutela di gruppi che, pur riconosciuti come particolarmente a rischio nel piano vaccinale federale fin dalla sua prima edizione⁴⁶, avevano ricevuto una copertura che non teneva però adeguatamente conto delle loro specificità socio-economiche e culturali e di fattori come l'invasione delle terre delle popolazioni autoctone, che, pur contribuendo in maniera decisiva alla diffusione del contagio, non potevano ottenere risposta soltanto in sede

⁴³ Si definiscono *Quilombolas* le popolazioni di origine africana discendenti da schiavi fuggiti che, nel secolo XIX, si erano insediati principalmente nelle campagne, vivendo inizialmente secondo regole proprie (fenomeno analogo a quello dei *Maroons* in Giamaica e Suriname). V. in proposito L.M.M. DE ANDRADE, G. TRECANNI, *Terras de Quilombo*, in R. LARANJEIRA (org.), *Direito Agrário Brasileiro*, S. Paulo, Editora LTr, 2000; C.A. BALDI, *As comunidades quilombolas e o seu reconhecimento jurídico*, articolo disponibile sul sito del *Ministério Público Federal*, all'indirizzo http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/artigo_cesar_agosto_baldi.pdf/view

⁴⁴ Con l'art. 68 dell'atto sulle disposizioni costituzionali transitorie del 5 ottobre 1988, i *quilombolas* trovavano per la prima volta riconoscimento costituzionale in Brasile: «Ai discendenti delle comunità dei *quilombos* che ancora occupino le loro terre ne è riconosciuta la proprietà definitiva, dovendo lo Stato emettere i relativi titoli».

⁴⁵ V. *Há 30 anos, a Constituição reconhece os direitos quilombolas*, disponibile sul sito della *Comissão Pró-Índio de São Paulo*, all'indirizzo <https://cpisp.org.br/ha-30-anos-constituicao-reconhecia-os-direitos-quilombolas/>

⁴⁶ Il Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19, attualmente alla sua XI ed. (7 ottobre 2021), è consultabile sul sito del Ministero federale della Salute, all'indirizzo <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19/view>. Le edizioni precedenti, dalla prima del 16 dicembre 2020 a seguire, all'indirizzo https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/secovid/pno_edicoes

di piano vaccinale. Si può apprezzare l'incidenza dell'intervento del STF mettendo a confronto la descrizione dei gruppi prioritari nella prima e nell'attuale edizione del Piano⁴⁷. Peraltro, sull'impostazione generale del Piano Nazionale di Realizzazione della Vaccinazione contro il COVID-19 ha avuto un impatto fondamentale anche la ADPF 754⁴⁸, su ricorso avanzato dal partito politico *Rede Sustentabilidade*, nel quale la corte (sentenza in data 1 marzo 2021), constatato come ancora, in occasione della seconda edizione del Piano, il quantitativo di vaccini effettivamente a disposizione nel Paese risultasse decisamente inferiore anche solo al numero di individui che componevano i gruppi prioritari, ha imposto al Governo federale di redigere un ordine di preferenza, scientificamente fondato, tra i gruppi prioritari e all'interno degli stessi. Nel prosieguo, però, riprendendo la tradizione di non pronunciarsi sulle *political question*, il STF ha deferito al Ministero della Salute una petizione del Ministero della Giustizia, dello stesso Ministero della Salute e di alcuni governatori di stato con cui, nelle more dello stesso processo, si chiedeva di dare il dovuto risalto tra i gruppi prioritari ai lavoratori della pubblica sicurezza: in tale occasione il STF ha chiarito che la richiesta era perfettamente lecita ma che, essendo una scelta di ordine politico, spettava proprio al Ministero della Salute, non al STF, intervenire ed eventualmente modificare l'ordine di priorità fin allora seguito (decisione monocratica del giudice Ricardo Lewandowski in data 29 marzo 2021).

Su un piano più generale, il STF è stato chiamato ad intervenire con l'ADI n. 6.625⁴⁹, per consentire che le misure di contrasto al COVID-19 facoltizzate all'Unione e agli enti della federazione dall'art. 3 della l. n. 13.979/2020 cit. potessero permanere in vigore fino a nuova deliberazione dei Poteri legislativo ed esecutivo o fino al 31/12/2021 o ancora fino alla cessazione dell'emergenza internazionale proclamata dall'OMS, anziché cessare di aver vigore il 31/12/2020, come risultava dall'improvvido emendamento apportato dalla l. n. 14.035/2020, che collegava la vigenza della l. 13.979 a quella del decreto legislativo n. 6 del 20 marzo 2020, il quale proclamava lo stato di calamità pubblica fino al 31/12/2020,

⁴⁷ Il gruppo della popolazione indigena era identificato nella prima edizione come «indigeni dai 18 anni in su, insediati in villaggi e seguiti dal Sottosistema di Tutela della Salute Indigena» (p. 89), mentre nell'undicesima come «indigeni dai 18 anni in su, che vivono in terre indigene e seguiti dal Sottosistema di Tutela della Salute Indigena (SASISUS). Si includono anche i popoli indigeni che risiedono in terre e agglomerazioni non omologate» (p. 97). Per quanto riguarda le comunità tradizionali *ribeirinhas* (si tratta di comunità tradizionali insediate sulle rive dei fiumi) o *quilombolas*, la prima edizione comprendeva solo «popoli che abitano in comunità tradizionali *ribeirinhas* o *quilombolas*» (p. 89), mentre l'undicesima, facendo espressa menzione del processo ADPF n. 742, comprende «popoli che risiedono in comunità tradizionali *ribeirinhas* e popoli *quilombolas*, indipendentemente dal fatto che risiedono o meno in territori *quilombolas* o dalla fase del procedimento di certificazione o intitolazione del [relativo] territorio, [identificati] attraverso dichiarazione di appartenenza etnica» (p. 98). Importanti pagine sono dedicate dalla CPI all'impatto della pandemia sulle popolazioni indigene e sui *quilombolas*, oltre che su altri soggetti fragili: SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., pp. 571-662.

⁴⁸ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034102>

⁴⁹ La sentenza e i principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6069055>. V. in proposito anche G.S. CORRALO, *op. cit.*, pp. 14-15.

sia pur solo a fini fiscali. Con notevoli equilibrismi argomentativi⁵⁰, costati l'opinione dissenziente di uno dei giudici, il STF ha comunque finito per avallare la proroga di validità delle misure *ex art. 3 l. 13.979 cit.*, nell'evidente intento di evitare che si potesse bloccare ogni attività di contrasto alla pandemia.

5. Conclusioni

Come accennato in chiusura del § 3, man mano che il piano vaccinale entrava in funzione, le relazioni tra l'Unione e gli enti della federazione hanno in parte ripreso a seguire le linee costituzionali della cooperazione. Ma, nonostante ciò, la situazione rimane molto grave e i danni umani, economici, politici e giuridici causati dalla gestione del COVID-19 ad opera dell'amministrazione Bolsonaro appaiono devastanti. Sebbene gli studi in materia diano risultati differenti secondo la metodologia seguita, appare però plausibile sostenere che si sarebbero potute risparmiare da cento a trecentomila vite, se si fossero subito adottate le misure non farmacologiche raccomandate dall'OMS e se si fosse proceduto appena possibile all'acquisizione e alla somministrazione dei vaccini disponibili⁵¹.

La gravità della situazione può essere misurata, per così dire, dal fatto che il processo di giurisdizionalizzazione della salute (e della politica) in corso in Brasile non si fonda più soltanto sulla normativa nazionale, né passa più soltanto per il circuito giudiziario nazionale, bensì tende a coinvolgere in misura crescente norme e istituzioni del diritto internazionale. La CPI del Senato federale ha suggerito che, alla luce di quanto acquisito dalla Commissione stessa (e quindi soltanto in relazione alla questione COVID-19) si metta il Presidente Bolsonaro in stato d'accusa sulla base dei seguenti capi d'imputazione: artt. 267, § 1; 268, *caput*; 283, 286, 298, 315 e 319 del cod. pen. (diffusione di epidemia con esiti mortali, violazione di misura di prevenzione sanitaria, ciarlataneria, incitamento al crimine, falsificazione di documenti, utilizzo irregolare di fondi pubblici, abuso di potere); artt. 7, n. 9; e 9, n. 7 della l. n. 1.079 del 10 aprile 1950 sui reati dei detentori di cariche pubbliche (violazione di diritto sociale e comportamento incompatibile con la dignità, l'onore e il decoro della carica); ma anche, in particolare in relazione all'attuazione governativa nei confronti dei popoli indigeni, l'art. 7, par. 1, lett. *b*, *b* e *k*; e par. 2, lett. *b* e *g* dello Statuto

⁵⁰ «Sebbene la vigenza della l. 13.979/2020, in maniera tecnicamente imperfetta, rimanga vincolata a quella del Decreto legislativo n. 6/2020, che ha decretato la calamità pubblica a fini esclusivamente fiscali, cessando il 31 dicembre 2020, non si può escludere, in questo giudizio precario ed effimero, la congettura secondo cui l'autentica intenzione dei legislatori sarebbe stata quella di mantenere le misure profilattiche e terapeutiche straordinarie, preconizzate in tale testo normativo, per il tempo necessario al superamento della fase più critica della pandemia, anche perché all'epoca della sua adozione non era dato prevedere la sorprendente persistenza e letalità della malattia» (punto II del compendio della sentenza collegiale, in data 8 marzo 2021, che confermava però la decisione monocratica del giudice Lewandowski in data 30 dicembre 2020; corsivo ns.).

⁵¹ Si vedano i dati contenuti in SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., pp. 1015-1021, e in K.D. RIBEIRO, L.C. LIMA, S.M.C. DE SOUZA, K.E. PIMENTEL, *op. cit.*, p. 121.

di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale dell'Aja (crimini contro l'umanità, nella modalità dello sterminio, della persecuzione e di altri atti disumani)⁵². Il suggerimento era però stato anticipato dall'APIB che aveva già presentato il 9 agosto 2021 una denuncia alla Corte Penale Internazionale, basata sullo stesso art. 7, par. 1, lett. *b*, *b* e *k* dello Statuto di Roma, ma anche sull'art. 6, lett. *b* e *c* (genocidio, nella forma di grave attentato all'integrità fisica o mentale dei membri del gruppo e di sottoposizione intenzionale del gruppo a condizioni di vita destinate a causarne la totale o parziale distruzione fisica). L'iniziativa è ora all'esame della procura della corte, ma difficilmente sembra poter trovare accoglienza, stante la cautela con cui finora questa si è mossa nei confronti di governanti al potere, specie in sistemi che conservano importanti dimensioni effettive di democrazia. Peraltro, la presentazione dell'iniziativa dell'APIB non lesinava critiche al sistema giudiziario brasiliano, affermandosi che «sono in corso in Brasile atti che si configurano come crimini contro l'umanità, genocidio ed ecocidio. Data l'incapacità dell'attuale sistema della giustizia in Brasile di investigare, processare e giudicare tali condotte, ... mobili[tiamo] la Corte Penale Internazionale»⁵³. Per quanto riguarda la pandemia, che vi riveste un ruolo importante ma non centrale, l'assunto sembrerebbe essere che le invasioni delle terre indigene abbiano facilitato l'esposizione delle popolazioni ivi insediate al contagio e che il sostegno di fatto dato dal Presidente a tali azioni configuri l'intento di utilizzare queste possibilità di contagio per finalità di genocidio.

Comunque, anche sul piano interno, numerose azioni contro l'Esecutivo federale pendono ancora innanzi al STF, come la ADPF 845⁵⁴, presentata da un partito politico, nella quale si richiede di intimare al Presidente della Repubblica di conformarsi alle raccomandazioni finalmente fatte proprie dal Ministero della Salute in materia di misure non farmacologiche come il distanziamento e l'uso di mascherine, che Bolsonaro ostentatamente evita nelle proprie apparizioni pubbliche e rispetto a cui incita esplicitamente, con l'esempio e con la parola, alla disobbedienza.

Ma c'è un processo in particolare, di recente instaurazione, che, a parere di chi scrive, risulta molto significativo perché, da un lato, scopre il singolare gioco delle parti su cui ha potuto reggersi finora l'equivoco messaggio del Presidente Bolsonaro e, d'altra parte, identifica con precisione lo scontro ideologico e di concezione della democrazia che sta alla base del confronto tra l'Esecutivo federale e tutte quelle istanze, politiche e giurisdizionali, in primo luogo il STF, che mirano invece, per condivisione o per espresso compito istituzionale, a difendere la CF del 1988. Si tratta del processo per le ADPF 898, 900, 901 e

⁵² V. SENADO FEDERAL, CPI DA PANDEMIA, *Relatório final*, cit., p. 1112.

⁵³ Parole di Eloy Terena, coordinatore giuridico dell'APIB; v. *Inédito: APIB denuncia Bolsonaro, em Haia, por genocídio indígena*, 9 agosto 2021, sul sito dell'APIB, alla pagina <https://apiboficial.org/2021/08/09/inedito-apib-denuncia-bolsonaro-em-haia-por-genocidio-indigena/>

⁵⁴ I principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6183036>

905⁵⁵, pure originate da distinti partiti politici ma finora trattate congiuntamente dal STF. I ricorsi hanno ad oggetto gli artt. 1, §§ 1-2; 3 e 4 della *Portaria* (regolamento ministeriale) del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale n. 620, del 1° novembre 2021, nella quale si proibisce ai datori di lavoro di esigere certificati di vaccinazione dai dipendenti e si equipara alla discriminazione ingiustificata l'eventuale licenziamento per mancata presentazione di tali certificazioni. Ciò che appare particolarmente rivelatore nella redazione del testo della *Portaria* è il fatto che la richiesta di certificati di vaccinazione venga sostanzialmente equiparata alle più gravi forme di discriminazione ingiustificata⁵⁶. In attesa di una decisione del processo, il relatore, giudice Roberto Barroso, ha intanto concesso con decisione monocratica, in data 12 novembre 2021, la misura cautelare di sospendere la vigenza delle disposizioni contestate (salvo mantenimento della garanzia per chi non si è potuto vaccinare per le espresse controindicazioni mediche riconosciute dal Piano di Vaccinazione o comunque dal consenso scientifico), con una motivazione che sembra far presagire il venturo pieno accoglimento del ricorso: senza soffermarsi qui sulle pur importanti questioni di natura formale (come la riserva di legge – e conseguente inidoneità di una semplice *portaria* – per prescrivere restrizioni e condizioni di principi costituzionali come il potere di direzione del datore di lavoro, il diritto dei dipendenti a un ambiente di lavoro salubre e il potere di licenziamento senza giusta causa, purché indennizzato; così come per creare oneri quali l'effettuazione a spese del datore di lavoro dei tamponi ai dipendenti non vaccinati: art. 3, *caput*, *portaria* n. 620 cit.), risulta espressa chiaramente nella motivazione del giudice l'impossibilità sostanziale di equiparare la richiesta di certificato vaccinale ad una forma di discriminazione, una volta che c'è di mezzo il diritto alla salute degli altri lavoratori: «è ragionevole l'ipotesi che la presenza di lavoratori non vaccinati nell'ambito dell'impresa rechi una minaccia alla salute degli altri lavoratori e il rischio di danni alla sicurezza e alla salubrità dell'ambiente di lavoro e di compromissione della salute del pubblico con cui l'impresa si relaziona» (punto 10 della motivazione); inoltre, «ogni attività imprenditoriale è soggetta alla libera iniziativa e alla libertà contrattuale (art. 170 CF). Spetta quindi al datore di lavoro, alla luce della sua strategia manageriale e della sua situazione imprenditoriale, decidere chi assumere, purché i suoi criteri non siano discriminatori o sproporzionati, cosa che non si dà ... in questo caso. Non c'è comparazione

⁵⁵ I principali atti relativi al processo in oggetto sono reperibili sul sito del STF, all'indirizzo <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6290927>

⁵⁶ L'art. 1, *caput*, della *Portaria* n. 620 cit. enuncia infatti una regola generale di divieto delle discriminazioni in ambiente di lavoro, assolutamente in linea con i parametri di una democrazia sociale avanzata: «È proibita l'adozione di qualsiasi pratica discriminatoria e limitativa dell'accesso al rapporto di lavoro o della sua conservazione, per causa di sesso, origine, razza, colore, stato civile, condizione familiare, disabilità, riqualificazione professionale, età ...». Ma i successivi sviluppi svelano l'autentica finalità del testo, laddove la richiesta del certificato di vaccinazione per l'assunzione o per la conservazione del posto di lavoro viene equiparata alla richiesta di attestazioni sulla sterilità o sullo stato di gravidanza (§ 1) e viene espressamente definita «pratica discriminatoria l'obbligatorietà di certificato di vaccinazione in selezioni per l'assunzione di lavoratori, così come il licenziamento per giusta causa ... per mancata presentazione del certificato di vaccinazione» (§ 2).

possibile tra la richiesta di vaccinazione anti-COVID-19 e la discriminazione per sesso, origine, razza, colore, stato civile, situazione familiare, disabilità, riqualificazione professionale, età o stato di gravidanza. Questi ultimi fattori non interferiscono sul diritto alla salute o alla vita degli altri lavoratori dell'impresa o di terzi. La mancata vaccinazione sì» (punto 15). Al di là del fatto che venga, come presumibile, ritenuta incostituzionale nelle more del processo di ADPF, la *portaria* n. 620 cit. è però sintomatica del gioco delle parti in corso. Il Governo federale, travestendo il divieto di richiesta di certificato vaccinale da norma anti-discriminatoria, finge di assumere le parti del difensore delle libertà individuali, ma il tipo di libertà dallo stesso propugnato è quello dell'egoismo non responsabile. Non solo in questo modo si tutela la scelta irresponsabile del singolo lavoratore, ma in realtà si invita dissimulatamente il datore di lavoro a non occuparsi della salubrità dei luoghi di lavoro: cos'altro può significare infatti l'accollare sull'impresa le spese per i tamponi quando si stabilisce nel testo normativo che i datori di lavoro «potranno» (si badi bene, potranno, non dovranno!) «offrire ai loro dipendenti il test periodico che attesti il mancato contagio da Covid-19» (art. 3, *caput*, *portaria* n. 620 cit.)? Significa far coincidere l'interesse egoistico del lavoratore che non si vuole vaccinare con l'interesse egoistico del datore di lavoro che non vuole spendere i soldi dei test, a spese alla fine proprio del diritto costituzionale alla salute di tutti gli altri lavoratori e dei terzi. In sostanza, la libertà propugnata da Bolsonaro non è la libertà responsabile della persona che agisce in un contesto sociale con diritti e doveri che la limitano a favore del bene pubblico, bensì è la libertà sfrenata e superomistica dell'individuo che ritiene proprio compito affermare se stesso a spese degli altri, in un contesto meramente competitivo dove vince il più forte e dove quindi, da un lato, le regole di convivenza (Costituzione *in primis*) sono considerate una limitazione di cui disfarsi e, d'altro lato, l'affermazione della propria libertà e del proprio successo non può realizzarsi che con la scomparsa della libertà (o della stessa vita) altrui, in particolare dei soggetti più deboli. Salvo poi, magari, dopo aver imposto la regola dell'*homo homini lupus*, proporsi come l'unico Leviatano in grado di portare ordine e sicurezza nel contesto... Per questo, in tempo di COVID-19, l'azione del STF (oggetto di diversi pesanti attacchi nella comunicazione del Presidente Bolsonaro anche in relazione ad altri temi, come il procedimento elettorale o la disciplina delle *fake news*), pur tra le mille difficoltà ed incertezze che si sono esaminate, può essere vista come un tentativo di salvaguardare almeno l'essenza del contenuto pattizio, negoziale e partecipativo della Costituzione del 1988, anche a costo di interpretazioni a volte un po' troppo elastiche della lettera della stessa, in attesa che vengano tempi migliori.

Osservatorio sui sistemi sanitari

Osservatorio sui sistemi sanitari

Ordinamento sanitario e diritto di accesso: analisi della giurisprudenza amministrativa*

Giulio Marotta**

SOMMARIO: 1. Dall'accesso documentale all'accesso civico. – 2. L'accesso documentale in campo sanitario. – 3. Accesso generalizzato e tutela della salute dei consumatori. – 4. L'emergenza Coronavirus. – 4.1. I verbali del Comitato tecnico scientifico. – 5. Gli aspetti gestionali del sistema sanitario. – 6. Le richieste di accesso civico in campo ambientale. – 7. Alcune considerazioni finali.

ABSTRACT:

Il diritto di accesso, documentale e civico, rappresenta un importante strumento, anche in ambito sanitario, per assicurare la tutela dei diritti individuali e collettivi e la massima trasparenza delle pubbliche amministrazioni. La giurisprudenza amministrativa ha fornito un importante contributo alla puntuale definizione dei diversi istituti dell'accesso, evidenziandone le potenzialità ai fini della partecipazione, da parte dei cittadini e delle loro associazioni rappresentative, alle scelte amministrative e del controllo democratico sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Documentary and civic right of access is an important tool to ensure protection of individual and collective rights and maximum transparency of public administrations, also in the health sector. Administrative jurisprudence has been providing an important contribution to the precisely define the access institutes, highlighting their potential for participation by citizens and their representative associations in administrative choices and democratic control over the use of public resources.

1. Dall'accesso documentale all'accesso civico

L'istituto dell'accesso documentale, disciplinato dagli articoli 22 ss. della legge sul procedimento amministrativo, ha rappresentato per lungo tempo lo strumento principale a dispo-

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Consigliere parlamentare, gmarotta55@gmail.com.

sizione di tutti i soggetti privati (compresi quelli portatori di interessi collettivi o diffusi) per conoscere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e acquisire così elementi rilevanti su una determinata controversia, al fine di porre in essere ogni azione a tutela di una situazione giuridicamente rilevante del soggetto direttamente interessato. Nella nostra legislazione il libero accesso agli atti costituisce un principio generale dell'attività amministrativa (sia pure con alcune eccezioni espressamente contemplate dalla legge) al fine di tutelare specifiche posizioni giuridiche soggettive, favorire la partecipazione e assicurare imparzialità, buon andamento e trasparenza delle pubbliche amministrazioni e una concreta conoscibilità della funzione pubblica. Rimangono escluse le richieste meramente esplorative, volte a una imprecisata verifica di eventuali forme di lesione della sfera dei diritti del privato da parte dell'Amministrazione ovvero a conoscere le intenzioni e valutazioni dell'Amministrazione su un caso specifico o a chiedere chiarimenti.

Con la disciplina in materia di accesso civico, semplice e generalizzato, di cui al decreto legislativo n. 33 del 2013, il principio di trasparenza in ordine all'organizzazione e all'attività delle pubbliche amministrazioni è stato ulteriormente rafforzato¹, in quanto strumento a disposizione non solo delle parti del procedimento amministrativo o di determinati soggetti che possano vantare un interesse differenziato², ma di 'chiunque' voglia esercitarlo – senza cioè la necessità di motivare l'esistenza di un particolare interesse qualificato a richiedere gli atti o le informazioni - quale forma di controllo democratico delle decisioni amministrative e dell'utilizzo delle risorse pubbliche³.

Siamo in presenza di un'accessibilità pressoché totale, in quanto la norma prevede solo alcune eccezioni, tassativamente indicate⁴, al fine di tutelare determinati interessi pubblici e privati (sicurezza nazionale, difesa, relazioni internazionali, dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, oltre i casi di esclusione di cui all'art. 24, comma 1, della legge n.241 del 1990)⁵.

¹ Sull'evoluzione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento vedi in particolare A. AMODIO, *Dall'accesso documentale all'accesso civico generalizzato: i nuovi paradigmi della trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Amministrativ@mente.com*, 2018 e A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018.

² Come evidenziato anche dalle Linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione "La finalità dell'accesso documentale ex l. 241/90 è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppostive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari." (Determinazione n. 1309 del 28/12/2016).

³ Consiglio di stato, sez. IV, 20 ottobre 2016, n. 4372 e, più diffusamente, Consiglio di stato, Adunanza plenaria, 2 aprile 2020, n. 10. Le disposizioni sull'accesso alla documentazione amministrativa e la trasparenza attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione (art. 29 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e art. 1, comma 3, del D. lgs. 14 marzo 2013, n. 33).

⁴ Sul carattere 'eccezionale' delle limitazioni al diritto di accesso, insuscettibili di interpretazione estensiva e tantomeno di applicazione analogica, cfr. da ultimo Consiglio di stato, sez. IV, 5 maggio 2020, n. 3101.

⁵ Sulla necessità di privilegiare una visione volta all'integrazione dei diversi strumenti di accesso, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo cfr. Consiglio di stato, sez. IV, 20 aprile 2020, n. 2496. Sui limiti previsti dalle norme al diritto di accesso vedi M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n.*

In questo lavoro si effettua una ricognizione sull'utilizzo dell'istituto dell'accesso in ambito sanitario, ordinamento ispirato al principio di partecipazione dei cittadini, delle loro organizzazioni rappresentative e delle associazioni di volontariato impegnate nella tutela del diritto alla salute alle attività di programmazione, controllo e valutazione dei servizi sanitari⁶, alla luce delle pronunce dei giudici amministrativi in sede di ricorso avverso il diniego opposto dalle Amministrazioni interessate, ponendo una particolare attenzione ai primi anni di applicazione della disciplina sull'accesso generalizzato.

2. L'accesso documentale in campo sanitario

Nel contesto sanitario, l'accesso documentale ha trovato pratica attuazione, sia pure superando le resistenze opposte da talune amministrazioni tramite ricorso al giudice amministrativo o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, con riferimento innanzitutto alle prestazioni erogate dalle strutture sanitarie pubbliche e private, attraverso l'obbligo di fornire tempestivamente il contenuto della cartella clinica al paziente che ne faccia richiesta⁷; la conoscenza dell'intera documentazione sanitaria disponibile⁸ consente di verificare il corretto agire della struttura sanitaria (e l'eventuale instaurazione di un giudizio risarcitorio) da parte dello stesso paziente ovvero dei suoi eredi, in quanto titolari di interessi propri⁹.

241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive, in *Federalismi.it*, 2019, n. 17 e A. BERTI, *Il dedalo delle limitazioni assolute del diritto di accesso generalizzato*, in *Giustizia amministrativa*, maggio 2021.

⁶ Cfr. in particolare l'art. 14 del D. lgs n. 502 del 30 dicembre 1992. Con riferimento specifico all'accesso civico semplice, le amministrazioni, gli enti e gli organismi del servizio sanitario sono soggetti, in aggiunta agli obblighi di pubblicazione previsti per le altre amministrazioni pubbliche, sono sottoposti ad ulteriori specifici adempimenti in materia di trasparenza: procedure di conferimento incarichi dirigenziali, assegnazione di incarichi di collaborazione e consulenza, accreditamento delle strutture sanitarie private etc. (D. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, art. 41).

⁷ Art. 4 della legge 8 marzo 2017, n. 24. Casi di reclami per riscontri tardivi, incompleti o poco chiari nell'accesso alla documentazione sanitaria sono stati oggetto di rilievi da parte del Garante per la protezione dei dati personali (cfr. ad esempio i provvedimenti n. 98 del 14 aprile 2020 e n. 146 del 29 luglio 2020) Sulla necessità di garantire la massima chiarezza dei risultati degli accertamenti clinici vedi le considerazioni dello stesso Garante per la protezione dei dati personali (doc. web n. 41910 del 26 marzo 2001 e n. 1066144 del 30 settembre 2002).

⁸ Sono state oggetto di valutazione da parte dei giudici amministrativi anche le richieste di ostensione dei verbali dei comitati valutazione sinistri istituiti all'interno delle strutture ospedaliere per accertare se, nel caso concreto, sono state correttamente applicate le regole della scienza medica, che non vanno ricompresi all'interno all'attività generale di raccolta delle informazioni volta a prevenire l'evoluzione del contenzioso e valutarne gli impatti legali ed assicurativi (c.d. *risk management*); Secondo la giurisprudenza prevalente, l'Amministrazione potrà soltanto omettere o oscurare le parti che attengono a valutazioni di carattere difensivo elaborate in funzione del contenzioso instaurato in sede civile: cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 808 (e successivo giudizio di ottemperanza di cui alla sentenza 22 marzo 2021, n. 2444), 21 maggio 2019, n. 3263, 13 aprile 2021, n. 3032, nonché Tar Umbria, sez. I, 1° marzo 2021, n. 137 e, da ultimo, Tar Lazio, sez. III *quater*, 17 maggio 2021, n. 5768. Sulla specificità degli enti esercenti di pubblico servizio cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1336.

⁹ Cfr. Tar Puglia, sede di Lecce, sez. II, 18 luglio 2019 n. 1287. Sul diritto degli eredi di accedere alla cartella clinica di un parente defunto, in corrispondenza a situazioni giuridicamente tutelate e collegate ai documenti richiesti vedi l'art. 2 *terdecies* del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e le sentenze del Tar Lazio, sez. III *quater*, 1° giugno 2018, n. 6149 e 8 maggio

Nel caso di documenti con dati riguardanti la sfera della salute di terze persone, occorre effettuare un delicato bilanciamento, da valutare in concreto, tra il diritto di accesso (funzionale alla difesa degli interessi del soggetto richiedente) e il diritto alla riservatezza di dati sensibilissimi, come quelli riguardanti lo stato di salute, che godono di un particolare regime di protezione: l'accesso è perciò consentito solo in presenza di una situazione giuridicamente rilevante almeno pari rispetto a quella del soggetto di cui si richiedono i dati e la conoscenza della documentazione deve risultare strettamente necessaria alla tutela di tali interessi¹⁰.

L'accesso documentale viene frequentemente utilizzato per verificare razionalità e coerenza delle scelte amministrative compiute dai diversi organismi del servizio sanitario¹¹. Analogamente a quanto accade negli altri comparti, abbiamo numerosi esempi nella gestione del personale¹² e nel settore degli appalti di servizi e forniture¹³; il ricorso all'ac-

2020, n. 4825, Tar Sardegna, sez. I, 4 marzo 2019, n. 193, Tar Campania, sede di Napoli, sez. VI, 27 luglio 2021, n. 5285, nonché la decisione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, seduta del 23 ottobre 2018. Sulla possibilità di limitare l'accesso a perizie medico-legali non destinate a sfociare in una determinazione amministrativa finale, ma volte a fornire all'ente pubblico interessato gli elementi tecnico-giuridici utili per tutelare i propri interessi, vedi Tar Emilia-Romagna, sez. II, 7 maggio 2016, n. 383 e Tar Lazio, sez. III *quater*, 7 febbraio 2019, n. 1563. Sulla legittimità di richieste di accesso, rivolte all'Inps o all'Inail, alla documentazione sanitaria relativa al riconoscimento di una propria invalidità, inabilità o malattia professionale (o quella di un parente defunto) vedi le decisioni della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, sedute dell'8 marzo 2018 e 9 aprile 2018 e la sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 10 febbraio 2020, n. 113.

¹⁰ Artt. 60 e 92 (come modificato dal D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101) del Codice della privacy, che recepisce la consolidata giurisprudenza in materia: cfr., tra le altre, Tar Sicilia, sez. IV, 27 novembre 2015, n. 2785, Tar Lazio, sez. III *quater*, 26 ottobre 2016, n. 10590, Consiglio di Stato, sez. III, 21 dicembre 2017, n. 6011 e 11 gennaio 2018, n.139. Tra le pronunce più recenti cfr. Tar Lazio, sez. III *quater*, 7 febbraio 2019, n. 1563 e 21 gennaio 2020, n. 766 nonché Tar Piemonte, sez. I, 4 marzo 2021, n. 239. Vedi anche le considerazioni espresse dal Garante per la protezione dei dati personali (doc. web n. 29832 del 9 luglio 2003; provvedimento n. 158 del 7 aprile 2016). Sulla legittimità della richiesta all'Inail, da parte di una società, della cartella clinica e degli atti relativi al riconoscimento della malattia professionale di un suo ex dipendente, allo scopo di far valere il diritto di difesa, ai sensi dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990 vedi Tar Lombardia, sez. I, 7 marzo 2019, n. 487. Sul diritto di accesso, da parte degli istituti assicurativi, ai documenti che consentano la verifica della veridicità dell'evento dannoso che ha coinvolto una persona che chiede il risarcimento del danno vedi Tar Lazio, sez. III *quater*, 11 novembre 2021, n. 11620.

¹¹ Il Tar Campania, sez. II staccata di Salerno, 8 luglio 2021, n. 1675, ha giudicato ad esempio legittima la richiesta di accesso riguardante le misure assunte dalla azienda sanitaria locale per la rimozione di manufatti a sospetto contenuto di amianto.

¹² Il ricorso all'accesso documentale da parte di dipendenti e organizzazioni sindacali è praticabile a fini di verifica delle procedure di selezione del personale sanitario o nei rapporti di lavoro, con esclusione delle richieste meramente esplorative finalizzate ad un controllo generalizzato dell'Amministrazione: vedi Tar Sicilia, sede di Catania, sez. IV, 17 marzo 2017, n. 547, Tar Lombardia, sez. III, 14 febbraio 2018 n. 436, Tar Campania, sede di Napoli, sez. VI, 24 ottobre 2018, n. 6187 e Tar Campania, sede di Salerno, sez. I, 4 febbraio 2021, n. 324, Tar Sicilia, sez. I, 10 giugno 2021, n. 1853.

¹³ Cfr. ad esempio Tar Basilicata, sez. I, 5 febbraio 2021, n. 101 (confermata da Consiglio di stato, sez. III, 2 agosto 2021, n. 5688), Consiglio di stato, sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1437, Tar Basilicata, sez. I, 26 febbraio 2021, n. 189: in quest'ultimo caso, il giudice amministrativo sottolinea che debba essere sempre verificato il nesso tra la documentazione richiesta e la situazione giuridica da tutelare, non essendo ammessa un'azione di carattere meramente esplorativo volta a esercitare una sorta di controllo generalizzato sull'Amministrazione. L'accesso agli atti può risultare funzionale anche alla verifica dei criteri seguiti dall'Amministrazione per l'affidamento di servizi ad enti del terzo settore che non siano a titolo gratuito (Tar Sicilia, sede di Palermo, sez. I, 3 febbraio 2021, n. 388).

cesso avviene anche per altri atti che possono condizionare l'attività degli operatori¹⁴: nel caso delle istanze riguardanti la programmazione regionale sul fabbisogno di prestazioni di radiologia medico-diagnostica e le autorizzazioni concesse, tali richieste, quando non siano dirette ad un controllo generalizzato dell'attività svolta dall'Amministrazione, sono giudicate legittime in quanto volte a consentire alle società interessate una valutazione della legittimità della mancata autorizzazione all'installazione di apparecchiature in alcuni ambiti territoriali e far così valere i propri interessi giuridici, anche in via giudiziaria¹⁵. Analogamente, oggetto di legittima richiesta di accesso da parte degli operatori del comparto farmaceutico è stata talora la documentazione istruttoria acquisita dall'Agenzia italiana del farmaco in ordine a specifiche autorizzazioni all'immissione in commercio, sia pure con esclusione di ogni dettagliata informazione del processo produttivo dei farmaci e della sostanza attiva, a tutela del segreto industriale e commerciale¹⁶.

3. Accesso generalizzato e tutela della salute dei consumatori

Un caso molto interessante di accesso civico, anche in relazione al lungo contenzioso a cui ha dato origine il silenzio-rifiuto del Ministero della salute alle richieste della Confederazione nazionale coldiretti, riguarda le informazioni, i dati e documenti, detenuti dallo stesso Ministero, relativi all'importazione di latte e prodotti lattiero caseari da Paesi comunitari ed extra comunitari: accesso finalizzato ad una puntuale valutazione sull'origine di alcune materie prime utilizzate per il confezionamento di prodotti dell'industria alimentare italiana.

In primo grado il Tar Lazio¹⁷ aveva ritenuto legittimo il provvedimento di diniego, motivato in particolare dallo svolgimento di un'attività amministrativa straordinaria, in ragione

¹⁴ Vedi ad esempio Tar Sicilia, sez. I, 20 novembre 2020 e 30 giugno 2021, n. 2068.

¹⁵ Consiglio di stato, sez. III, 29 dicembre 2017, n. 6192, di riforma della sentenza del Tar Campania, sede di Napoli, sez. VI, 12 maggio 2017, n. 2562. In senso analogo, con riferimento agli atti di programmazione sanitaria riguardanti le prestazioni di specialistica ambulatoriale Tar Calabria, sede di Catanzaro, sez. II, 24 settembre 2019, n. 1613. Sulla legittimità delle richieste di accesso ai singoli provvedimenti autorizzatori rilasciati a favore di altri operatori che, essendo stato soddisfatto il fabbisogno previsto, impedirebbero l'accoglimento di una nuova domanda, cfr. da ultimo Consiglio di stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1802. Risulta in ogni caso necessario individuare correttamente gli estremi della documentazione richiesta e specificare il collegamento tra i documenti richiesti e la situazione giuridica che si intende tutelare cfr. Tar Campania, sede di Napoli, sez. VI, 16 febbraio 2018, n. 964. Sulla legittimità delle richieste di accesso volte a verificare l'esistenza dei requisiti richiesti dalla normativa vigente per operare in regime di accreditamento da parte di un operatore concorrente cfr. Tar Campania, sede di Napoli, sez. VI, 9 marzo 2017, n. 1380, Tar Calabria, sede di Catanzaro, sez. II, 25 settembre 2019, n. 1070.

¹⁶ Consiglio di stato, sez. III, 14 giugno 2018, n. 3688 e 21 maggio 2019, n. 3232. Sui limiti all'accesso agli atti del procedimento di negoziazione del prezzo dei farmaci cfr. Consiglio di stato, sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213 e 31 dicembre 2020, n. 8543.

¹⁷ Tar Lazio, sez. III *quater*, 16 marzo 2018, n. 2994.

sia della notevolissima mole di dati e documenti da raccogliere sia dalla necessaria consultazione di un numero elevatissimo di soggetti controinteressati. Il Consiglio di stato, riformando la precedente sentenza, ha invece osservato che proprio dal contraddittorio con l'Amministrazione la Confederazione nazionale coldiretti aveva circoscritto la propria istanza (inizialmente era stato ipotizzato anche un collegamento permanente alla banca dati del Ministero), al fine di ottenere dati disaggregati (senza alcuna rielaborazione dei dati medesimi) che consentissero di verificare la corrispondenza fra le importazioni di latte e derivati dei singoli operatori nazionali e le indicazioni sull'origine delle materie prime riportate sulle etichette, a tutela dei consumatori e a verifica dell'affidabilità del sistema di rintracciabilità della filiera alla base degli obblighi di etichettatura¹⁸.

Il Ministero della salute, dopo aver interpellato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁹ ha però messo a disposizione soltanto i dati dei soggetti controinteressati che avevano espresso il loro consenso alla divulgazione dei dati medesimi. Il Consiglio di stato ha quindi ribadito la legittimità della richiesta di accesso, sottolineando che l'Amministrazione non aveva motivato, in modo puntuale e circostanziato, l'esistenza di interessi economici e commerciali dei soggetti privati meritevoli di protezione (parte dei quali non aveva neppure espresso opposizione al riguardo) e che comunque sarebbe stato possibile oscurare alcuni dati sensibili²⁰.

4. L'emergenza Coronavirus

La diffusione del Covid 19 ha determinato una crescita significativa delle richieste di accesso generalizzato concernenti dati e informazioni sulla gestione dell'emergenza sanitaria²¹ rispetto alle quali si registra talora una iniziale difficoltà nella fornitura dei dati, in connessione anche con la predisposizione di un sistema di rilevazione del fenomeno

¹⁸ Consiglio di stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546.

¹⁹ Parere AS1590 del 12 giugno 2019, in Bollettino n. 25 del 24 giugno 2019.

²⁰ Consiglio di stato, sez. III, 9 ottobre 2019, n. 6897.

²¹ Come emerge in particolare dai registri degli accessi istituiti presso il Ministero della salute, l'Istituto superiore della sanità e la Protezione civile; richieste analoghe sono spesso rivolte anche ad altri uffici della Presidenza del consiglio nonché alle amministrazioni regionali e locali. Peraltro, dalla lettura dei registri degli accessi non è sempre possibile individuare se una specifica richiesta è stata successivamente accolta da parte dell'Amministrazione competente alla elaborazione dei dati (su quest'ultimo aspetto vedi anche Tar Lazio, sez. III *quater*, 15 giugno 2021, n. 7144 e 11 novembre 2021, n. 11656). Sulla legittimazione degli enti collettivi impegnati nel campo della tutela della salute a far valere il diritto di accesso documentale alle misure adottate per contrastare la diffusione del virus Covid 19 all'interno di alcune residenze sanitarie assistenziali cfr. Tar Piemonte, sez. I, 29 dicembre 2020, n. 903 e Tar Puglia, sede di Lecce, sez. II, 22 gennaio 2021, n. 109. Vedi anche la sentenza del Tar Molise, sez. I, 14 giugno 2021, n. 217, in merito alla richiesta di accesso ai dati sui posti letto di terapia intensiva nelle strutture sanitarie regionali prima e durante l'emergenza sanitaria da Covid-19.

affidabile²²; talora è stato opposto un diniego totale all'accesso ai dati sui decessi, motivato con riferimento alla disciplina della protezione civile sulla raccolta dei dati in situazioni di emergenza sanitaria²³. Sul tema si è espresso anche il Garante per la protezione dei dati personali che ha giudicato corretta la soluzione adottata dall'Amministrazione della Valle D'Aosta, volta a consentire un accesso parziale alle informazioni richieste, fornendo solo dati aggregati sulle persone fisiche che hanno contratto il virus, in modo da non rivelare, anche indirettamente, l'identità di soggetti interessati e il loro stato di salute²⁴.

Da segnalare anche le richieste di accesso inoltrate dall'associazione Wired al Ministero dell'Istruzione in merito alla diffusione del Covid 19 all'interno del sistema scolastico. I dati forniti sui casi di positività e quarantena registrati sia tra i docenti che tra il personale amministrativo e gli studenti, sia pure incompleti (e in forma aggregata per evitare la possibile identificazione dei soggetti interessati), hanno consentito di divulgare per la prima volta una serie di informazioni molto importanti sull'evoluzione nel tempo del fenomeno delle scuole come possibile veicolo di contagio e di poter meglio valutare le decisioni assunte sulla chiusura o apertura adottate nelle diverse aree del Paese e sul ricorso alla didattica a distanza, oggetto di un serrato confronto in ordine alla utilità di tali misure ai fini del contenimento della diffusione del virus²⁵.

4.1. I verbali del Comitato tecnico scientifico

Con riguardo alla disponibilità di ogni elemento di valutazione degli interventi adottati a livello nazionale e locale, un contenzioso molto significativo ha riguardato il regime di riservatezza attribuito, nella prima fase dell'emergenza epidemiologica, ai verbali delle riunioni del Comitato tecnico scientifico, cui è stato attribuito un ruolo di consulenza e supporto alle attività di coordinamento svolte dalla Protezione civile²⁶. Alle richieste di accesso il Dipartimento della Protezione Civile ha opposto un diniego, motivato con riferimento alle esclusioni dall'accesso, previste sia dalla legge sul procedimento amministrativo, per gli atti della pubblica amministrazione diretti all'emanazione di atti normativi, ammini-

²² Sull'accoglimento, sia pure differito nel tempo, di una richiesta riguardante l'incidenza del Covid-19 e la gestione dell'emergenza epidemiologica nel territorio di Bergamo da parte della locale Agenzia di tutela della salute, cfr. Tar Lombardia, sede di Brescia, sez. I, 25 settembre 2020, n. 662.

²³ Ordinanza del Capo della protezione civile 27 febbraio 2020, n. 640, art. 4.

²⁴ Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 3 settembre 2020, n. 155. Il Garante si è espresso anche in fattispecie diverse da quelle del coronavirus: in merito ad un'altra richiesta di accesso civico alla documentazione clinica di un paziente poi deceduto, finalizzata a verificare la correttezza delle cure eseguite, ha sostenuto l'inammissibilità dell'istanza, in assenza del consenso da parte dei parenti del *de cuius* e di altri soggetti coinvolti (provvedimento 10 gennaio 2019, n. 2).

²⁵ Esprimendosi su una richiesta di accesso civico, il Garante per la protezione dei dati personali ha ribadito che la raccolta di dati sulla diffusione del Coronavirus in ambito scolastico non deve in ogni caso consentire l'identificazione dei soggetti coinvolti (parere 23 aprile 2021, n. 9582723).

²⁶ Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile 5 febbraio 2020, n. 371.

strativi generali, di pianificazione e di programmazione²⁷ sia dallo specifico regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi della Presidenza del Consiglio dei ministri, con riferimento ai documenti e atti amministrativi concernenti il lavoro di commissioni, organi collegiali, gruppi di studio e di lavoro, qualora finalizzati all'adozione di atti normativi, atti amministrativi generali e atti di pianificazione e programmazione²⁸.

Il Tar del Lazio, per affermare la legittimità della richiesta di accesso ha contestato innanzitutto la natura di atti amministrativi generali dei decreti emanati dal Presidente del Consiglio dei ministri per definire le misure necessarie ad evitare la diffusione del virus Covid 19 sull'intero territorio nazionale, sottolineando la loro atipicità, che li rende sostanzialmente assimilabili alle ordinanze contingibili e urgenti (come quelle adottate dal ministro della salute per ragioni di profilassi igienico-sanitaria, dal Sindaco per far fronte ad emergenze sanitarie o di igiene pubblica e dal Capo del Dipartimento della protezione civile). Proprio la rilevanza delle misure contenute nei singoli Dpcm, ed il forte impatto sociale, rendono quanto mai importante il loro assoggettamento alle regole generali di trasparenza e conoscibilità degli atti amministrativi e dei relativi atti prodromici, nel cui ambito rientrano i pareri espressi dal Comitato tecnico scientifico (che ha assicurato un fondamentale supporto scientifico alle decisioni dell'organo politico), in assenza di qualsiasi riferimento a specifiche esigenze di segretezza o di riservatezza di tali documenti²⁹.

Il Governo, che inizialmente aveva presentato ricorso avverso la sentenza del Tar, ha poi verificato che dalla pubblicità degli atti non derivava alcun pregiudizio a interessi pubblici, autorizzando l'ostensione dei verbali del Comitato tecnico scientifico³⁰, che ora sono tempestivamente trasmessi alle Camere, unitamente ai verbali della cabina di regia istituita presso il Ministero della salute, agli atti normativi adottati e ai risultati del monitoraggio dei dati epidemiologici³¹.

L'accesso generalizzato si è rivelato così uno strumento importante per superare alcune resistenze dell'Amministrazione e assicurare la massima condivisione delle informazioni in ordine agli interventi di contrasto del coronavirus. Esso si inserisce nel più ampio dibattito che ha riguardato il sistema delle fonti e i rapporti tra Parlamento, Governo e Istituzioni regionali e locali in una fase di emergenza pandemica, garantendo così un effettivo controllo

²⁷ Articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990.

²⁸ Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 27 giugno 2011, n. 143.

²⁹ Tar Lazio, sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n. 8615. La Presidenza del consiglio ha rinunciato al ricorso inizialmente proposto (Consiglio di stato, sez. III, 11 settembre 2020, n. 5426).

³⁰ Consiglio di stato, sez. III, decreto cautelare 31 luglio 2020, n. 4574 e sentenza 11 settembre 2020, n. 5426. I verbali del Comitato tecnico scientifico sono disponibili anche sul sito del Ministero della salute; risultano omessi in particolare i dati identificativi dei soggetti privati e degli articoli sanitari prodotti dalle società coinvolte, a fini di tutela dei loro specifici interessi.

³¹ Un dibattito specifico sulla pubblicazione dei verbali del comitato tecnico scientifico si è svolto alla Camera a seguito della presentazione della mozione Meloni, Molinari, Gelmini, Lupi ed altri n. 1-00376 (sedute del 28 e 29 settembre 2020). Sul tema vedi A. BERTI, *I vetri appannati di "Casa Italia": il caso dell'accesso civico generalizzato ai verbali del Comitato tecnico scientifico per l'emergenza Covid*, in *Dirittodiaccesso.it*, agosto 2020.

sulla necessità e proporzionalità dei singoli provvedimenti di contrasto della pandemia, e un'informazione corretta dell'opinione pubblica³², condizione indispensabile per ottenere un'adesione consapevole e responsabile alle misure di contenimento adottate, proprio in ragione della significativa limitazione all'esercizio dei diritti di libertà e il loro rilevante impatto su tanti aspetti della nostra vita quotidiana³³.

5. Gli aspetti gestionali del sistema sanitario

Un progressivo, più ampio, ricorso allo strumento dell'accesso civico per una più agevole verifica del corretto agire dell'Amministrazione è prevedibile non solo in materia di appalti, anche alla luce dei principi affermati dal Consiglio di stato sulla piena applicabilità della normativa sul diritto di accesso in questo specifico settore (inclusa la fase dell'esecuzione dei contratti)³⁴ ma, più in generale, sulle scelte compiute nella gestione del sistema sanitario: la trasparenza dei processi decisionali consente a chiunque di controllare la conformità dell'attività dell'amministrazione³⁵.

Significative sono le motivazioni addotte dal Consiglio di stato per affermare la legittimità della richiesta di accesso, avanzata da alcune strutture che operano in regime di accredita-

³² Il Tar Lazio, sez. III *quater*, 14 luglio 2021, n. 8419, ha accolto la richiesta di accesso civico generalizzato, avanzata da un Comitato di cittadini nato per assicurare la tutela del diritto alla cura dei malati di Covid-19, riguardante i verbali (anche informali), i documenti e le informazioni relativi alla riunione tenutasi presso il Ministero della salute con rappresentanti di una società farmaceutica, avente ad oggetto una nuova terapia a base di anticorpi monoclonali, fatto salvo l'oscuramento di eventuali elementi di know-how che potrebbero nuocere agli interessi economici e commerciali della società farmaceutica coinvolta. Secondo il Tar Lazio, sez. III *quater*, 7 maggio 2021, n. 5346 è legittima anche la richiesta di accesso civico riguardante il 'resoconto informale' di una riunione tra il Ministero della Salute e la task force di tecnici a supporto dell'azione ministeriale, anche se da tale consultazione non ha avuto origine uno specifico provvedimento (vedi al riguardo anche Tar Lazio, sez. III *quater*, 21 giugno 2021, n. 7382).

³³ Molto interessanti al riguardo le considerazioni di E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che 'nulla potrà più essere come prima'?*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2020, n. 16. Un'utile sintesi delle diverse posizioni è rinvenibile in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale n. 1 del 2020. I giudici amministrativi, nel ribadire la necessità di garantire la massima trasparenza in ordine alle motivazioni alla base delle misure adottate per fronteggiare la diffusione della pandemia da Covid-19, hanno preso atto delle dichiarazioni rese dal Governo in ordine all'assenza di un vero e proprio 'Piano nazionale emergenza' anti Covid (oggetto di una richiesta di accesso generalizzato da parte di alcuni parlamentari), rendendo invece disponibile lo studio realizzato dalla Fondazione Bruno Kessler di Trento sugli scenari di diffusione del Coronavirus, successivamente esaminato dal Comitato tecnico scientifico (Tar Lazio, sez. III *quater*, 22 gennaio 2021, n. 879 e Consiglio di stato, sez. III, 9 luglio 2021, n. 5213).

³⁴ Superando le diverse linee interpretative fino allora esistenti il Consiglio di stato (Adunanza plenaria, 2 aprile 2020, n. 10) ha affermato il principio l'ampia applicabilità dell'accesso, documentale e generalizzato, con riferimento alla materia degli appalti pubblici. Vedi al riguardo A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato trova applicazione anche per i contratti pubblici*, *Federalismi.it*, 2020, n. 17.

³⁵ Il Tar Campania, sede di Napoli, sez. I, 7 gennaio 2021, n. 88, sottolinea l'importanza, anche ai fini di una maggiore responsabilizzazione del personale amministrativo della pubblicazione integrale di tutte le informazioni, gli atti ed i documenti relativi alla funzione di programmazione regionale, alla determinazione dell'offerta esistente e del fabbisogno territoriale, relativamente al settore delle apparecchiature di risonanza magnetica. Sul regime di pubblicità delle procedure di concorso delle aziende sanitarie vedi anche le considerazioni del Garante per la protezione dei dati personali, parere 10 giugno 2021, n. 238.

mento con il servizio sanitario, riguardante la documentazione inerente la determinazione, da parte della Regione, del fabbisogno prestazionale della macroarea della specialistica ambulatoriale, presupposto delle decisioni sull'accreditamento istituzionale; osserva il massimo organo della giustizia amministrativa, riformando la precedente sentenza del Tar Campania, che la disciplina sull'accesso generalizzato si pone in un'ottica più avanzata rispetto all'accesso documentale, proprio perché finalizzata a forme diffuse di controllo sull'attività delle pubbliche amministrazioni; a seguito dell'inerzia dell'Amministrazione, è stato nominato un commissario ad acta per l'attuazione della sentenza³⁶. Analogo riferimento alla maggior ampiezza del diritto di accesso generalizzato rispetto all'accesso documentale è stato effettuato dal Tar Abruzzo per giustificare una richiesta di accesso, da parte di un operatore sanitario, ai dati relativi al volume delle prestazioni rese dalle strutture private accreditate eroganti prestazioni di specialistica ambulatoriale³⁷.

6. Le richieste di accesso civico in campo ambientale

In molti casi le richieste di accesso generalizzato a informazioni di carattere ambientale³⁸ riguardano specificamente profili attinenti alla tutela della salute.

Nel caso della richiesta di dati del traffico veicolare nell'area urbana di Torino, rilevata dalle apposite apparecchiature di controllo, avanzata da un comitato civico locale ai sensi sia della legge n. 241 del 1990 che del decreto legislativo n. 33 del 2013, il giudice amministrativo ha considerato legittima tale richiesta proprio facendo riferimento alla nozione ampia di informazione ambientale di cui al D.lgs. 195 del 2005 e dell'interesse generale della collettività sotteso alla domanda di accesso civico, disponendo che la società che gestisce il monitoraggio delle apposite colonnine di rilevazione fornisca i dati richiesti, sia pure esonerandola da elaborazioni dei dati medesimi che possano ostacolare lo svolgimento della normale attività³⁹.

³⁶ Consiglio di stato, sezione III, 26 luglio 2019, n. 5293 (di riforma della sentenza Tar Campania, sede di Napoli, sezione prima, 19 novembre 2018, n. 6684) e Consiglio di stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 805. Rimane ferma l'esigenza di individuare con precisione la documentazione richiesta, senza porre in essere forme di controllo generalizzato nei confronti dell'Amministrazione (Tar Sicilia, sez. I, 5 marzo 2021, n. 775, oggetto di ricorso in appello).

³⁷ Tar Abruzzo, sede di Pescara, sez. I, 25 gennaio 2018, n. 21. Può essere citata anche la decisione favorevole alla richiesta di accesso generalizzato alla documentazione autorizzativa alla costruzione di una residenza sanitaria assistenziale, avanzata da un altro operatore del settore, in assenza dei limiti individuati dal legislatore al fine di garantire la tutela di determinati interessi pubblici e/o privati (Tar Puglia, sez. I, 13 novembre 2020, n. 1432).

³⁸ Con il D. lgs. 19 agosto 2005, n. 195 è stata anticipata, con riferimento ai dati e documenti riguardanti l'ambiente e le misure adottate a protezione dell'equilibrio ambientale, una possibilità di accesso più ampia rispetto a quanto previsto dalla legge n. 241 del 1990. Dal registro degli accessi dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale emerge un numero molto elevato di richieste di dati e informazioni ambientali, generalmente accolte dall'Istituto.

³⁹ Tar Piemonte, sez. II, 12 novembre 2020, n. 720, che richiama anche i contenuti della circolare dell'Autorità anticorruzione n. 2 del 2017 sulla necessità di una collaborazione con soggetto il richiedente al fine di precisare ed eventualmente circoscrivere i dati e documenti indicati in prima istanza. Il Tar Lombardia, sez. II, 16 ottobre 2020, n. 1948, nel

Tra i casi significativi di richieste di accesso da parte di singoli cittadini, associazione e comitati civici, giudicate legittime dai giudici amministrativi, si possono ricordare quelle riguardanti il rispetto delle condizioni e prescrizioni per il corretto funzionamento di un impianto di termovalorizzazione⁴⁰, la diffusione dell'amianto nel territorio comunale, previo oscuramento dei dati personali di cittadini eventualmente presenti sulla documentazione⁴¹, i risultati delle analisi della qualità dell'acqua potabile svolte dalle Amministrazioni comunali⁴², la documentazione relativa alla situazione delle reti fognarie e ai risultati dell'attività di depurazione⁴³ e alla realizzazione di un impianto per il l'utilizzo idropotabile di acqua del fiume Tevere per la fornitura delle utenze nella città di Roma⁴⁴.

7. Alcune considerazioni finali

Come emerge da questa analisi, la giurisprudenza ha fornito un importante contributo ad una compiuta configurazione delle diverse tipologie di accesso, inquadrato nel generale processo di coinvolgimento dei cittadini nella cura della "cosa pubblica" e nella caratterizzazione dell'Amministrazione pubblica come "casa di vetro", dove sia possibile una generale riutilizzabilità dei dati, soprattutto a fini conoscitivi di interesse pubblico. Diritto di informarsi e di essere informati rappresentano condizioni indispensabili per facilitare la partecipazione ai processi decisionali e favorire l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione, oltre che contrastare i fenomeni di corruzione⁴⁵.

In futuro, è prevedibile un sempre maggiore ricorso a questo istituto in connessione, da un lato, di una maggiore consapevolezza dei cittadini (e delle loro associazioni) in ordine alle potenzialità dell'accesso generalizzato e, dall'altro, di un pieno adeguamento delle diverse Amministrazioni al principio della massima trasparenza dell'azione pubblica.

considerare legittima la richiesta di accesso generalizzato ad informazioni sugli impianti di comunicazione elettronica con frequenza 5G già autorizzati, ulteriori rispetto a quelle oggetto di obbligo di pubblicazione da parte dell'Agenzia regionale di protezione ambientale, sottolinea la necessità di una valutazione espressa da parte dell'Amministrazione comunale in ordine alle esigenze di riservatezza avanzate dalla società proprietaria degli impianti.

⁴⁰ Tar Puglia, sez. III, 29 gennaio 2018, n. 120 e Tar Lazio, sez. II *ter*, 27 febbraio 2018, n. 2141.

⁴¹ Tar Lombardia, sez. III, 27 febbraio 2018, n. 558.

⁴² Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 9 agosto 2018, n. 499 e 5 novembre 2018, n. 645.

⁴³ Tar Abruzzo, sede di Pescara, sez. I, 19 febbraio 2019, n. 53; Tar Calabria, sez. Catanzaro, sez. I, 27 dicembre 2019, n. 2155.

⁴⁴ Tar Lazio, sez. I *quater*, 4 marzo 2021, n. 2652. Su alcuni casi di utilizzo dell'accesso per acquisire dati sull'inquinamento atmosferico nei territori di Milano e Avellino vedi Tar Lombardia, sez. III, 21 aprile 2021, n. 1022 e Tar Campania, sez. II di Salerno, 24 febbraio 2021, n. 1062, 30 settembre 2021, n. 2052, 18 ottobre 2021, n. 2169 e 25 novembre 2021, n. 2542, nonché Tar Campania, sede di Napoli, sez. VI, 20 settembre 2021, n. 5937.

⁴⁵ Corte costituzionale, 21 febbraio 2019, n. 20, Consiglio di stato, sezione consultiva, 18 febbraio 2016, n. 515, Consiglio di stato, sez. III, 6 marzo 2019 n. 1546, Tar Campania, sede di Napoli, sez. VI, 10 dicembre 2019 n. 5837, Tar Basilicata, sez. I, 17 aprile 2021, n. 319.

Il potere sindacale di ordinare la rimozione dei rifiuti abbandonati, a tutela dell'ambiente e della salute*

Valentina Cingano**

SOMMARIO: 1. Perimetrazione del campo di indagine. – 2. L'individuazione dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti sindacali (per la rimozione dei rifiuti abbandonati e di natura contingibile ed urgente). – 3. I rapporti fra l'atipicità dei confini dell'intervento sindacale *extra-ordinem* e il pericolo per la salute e per l'ambiente derivante dall'abbandono di rifiuti. – 4. Conseguenze di disciplina quanto all'identificazione del destinatario del provvedimento nel proprietario del terreno interessato dall'abbandono dei rifiuti. – 5. Possibili semplificazioni istruttorie nell'accertamento della colpa nell'art. 192 c. amb. e abbandoni risalenti. – 6. Riflessioni conclusive.

ABSTRACT:

L'Autrice analizza i confini di intervento, con riguardo anche alla disciplina applicabile, dell'ordinanza sindacale di abbandono incontrollato dei rifiuti, ai sensi dell'art. 192 del codice dell'ambiente, e delle ordinanze contingibili ed urgenti, ai sensi degli artt. 50 e 54 del testo unico enti locali, quali strumenti giuridici utilizzabili per riparare il danno causato da un abbandono incontrollato di rifiuti e per garantire un adeguato livello di tutela sia della salute sia dell'ambiente.

The Author analyses the boundaries of intervention, also with regard to the applicable discipline, between the ordinance of uncontrolled waste abandonment, pursuant to art. 192 of the Environmental Code, and contingent and urgent ordinances, pursuant to Articles 50 and 54 of the Legislative Decree nr. 267/2000. Both these legal tools are applicable to repair the damage caused by the uncontrolled abandonment of waste and to ensure an adequate level of protection for both health and the environment.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Magistrato ordinario, Dottore di ricerca in diritto pubblico.

1. Perimetrazione del campo di indagine

Il legislatore ha codificato uno specifico strumento giuridico per riparare il danno causato da un abbandono incontrollato di rifiuto: l'ordinanza (di competenza del Sindaco) di cui all'art. 192 del codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

Tuttavia, a fronte di una contaminazione ambientale cagionata proprio dall'abbandono di rifiuti, con conseguente pregiudizio concreto anche per la salute, nella varietà della fenomenologia applicativa si nota di frequente l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti, ai sensi degli artt. 50 e 54 del testo unico enti locali (d.lgs. 2000, n. 267, cd. t.u.e.l.).

Obiettivo di questa analisi è verificare, attraverso l'esame della giurisprudenza più recente, quali siano i confini di intervento dei due strumenti e quali siano le conseguenze nella disciplina applicabile (con particolare attenzione al regime di responsabilità del proprietario dell'area interessata dall'abbandono)¹.

L'intenzione è quella di porre in evidenza come i provvedimenti adottabili in concreto, in forza della normativa vigente, possano operare (più o meno efficacemente) per garantire il raggiungimento di un adeguato livello di tutela sia della salute sia dell'ambiente.

Si vuole altresì verificare se l'adozione di una specifica tipologia di provvedimento superi o meno il successivo (ed eventuale, ma frequente) vaglio giurisprudenziale, con particolare attenzione (quanto a tale ultimo aspetto) alle ipotesi in cui sia necessario porre rimedio a situazioni di rifiuti abbandonati ormai da tempo (e, quindi, ad una eventuale inerzia del proprietario nel custodire e nel vigilare sullo stato del proprio terreno protrattasi da tempo).

2. L'individuazione dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti sindacali (per la rimozione dei rifiuti abbandonati e di natura contingibile ed urgente)

Il comma terzo dell'art. 192 del codice dell'ambiente disciplina specificamente l'ordinanza sindacale che imponga la rimozione, l'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti abbandonati sul suolo e il ripristino dello stato dei luoghi².

La norma prescrive che destinatari dell'ordinanza sindacale debbano essere, solidalmente, il trasgressore ed il proprietario (ovvero il titolare di diritti reali o personali di godimento sull'area). A questi ultimi, tuttavia, la violazione deve essere imputabile a titolo di dolo o

¹ Non si affronterà, quindi, il sistema della bonifica (in senso tecnico), come definito dall'art. 240 del codice dell'ambiente e regolato dai successivi artt. 242 e 244. In generale, sull'argomento, si può rinviare a V. CINGANO, *Bonifica e responsabilità per danno all'ambiente nel diritto amministrativo*, Padova, 2013.

² In generale, sia consentito rinviare per i necessari approfondimenti a V. CINGANO, *I presupposti applicativi per l'adozione dell'ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti abbandonati e per il ripristino dello stato dei luoghi, ai sensi dell'articolo 192 del d. lgs. n. 152 del 2006*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2010, p. 465.

colpa, in base agli accertamenti effettuati dai soggetti preposti al controllo, in contraddittorio con gli interessati³.

Pur essendo previsto questo provvedimento specifico nel codice dell'ambiente, in materia di rifiuti vengono – di fatto – adottate anche ordinanze contingibili e urgenti, ai sensi dell'art. 50 o dell'art. 54 t.u.e.l., sul presupposto dell'indifferibile necessità di rimuovere i rifiuti per scongiurarne conseguenze negative per l'ambiente, l'incolumità e per la salute⁴. Tali ordinanze sono attribuite anch'esse dalla legge alla competenza del Sindaco (così come le ordinanze *ex art.* 192.3 c. amb.)⁵.

Il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti (e, quindi, la residuale ed eccezionale competenza comunale), pur in un settore in cui sia previsto lo strumento specifico di cui all'art. 192.3 c. amb., può essere giustificato per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, l'atipicità contenutistica delle ordinanze in questione ben si presta a far fronte all'inquinamento ambientale, anche in considerazione del fatto che scopo dell'ordinanza *extra ordinem* è quello di tutelare la salute. L'art. 50 t.u.e.l. connota di una maggiore atipicità di contenuti e di scopi l'ordinanza sindacale in esso disciplinata.

In secondo luogo, le ordinanze contingibili ed urgenti possono essere adottate dal Sindaco in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale. La presenza di una specifica normativa in tema di rimozione di rifiuti (nella specie, l'art. 192 del codice dell'ambiente) non priva il Sindaco del potere di provvedere in via contingibile ed urgente, se (e nella misura in cui) sussistano specifici pericoli per la salute pubblica

³ In generale, in dottrina, sull'argomento, cfr. V.M. BALOSSI, *Il punto sull'abbandono di rifiuti*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2010, p. 118; F. MATTASSOGLIO, *Le ordinanze di sgombero dei rifiuti nella giurisprudenza amministrativa*, in *Foro It.*, 2005, c. 129. E in materia di bonifica, A. QUARANTA, *Casi e soluzioni – culpa in vigilando*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2021, n. 4, p. 320; M. BENOZZO, *La responsabilità per danno ambientale da attività autorizzate tra imputazione oggettiva e assenza dell'antigiuridicità*, in *Contratto e Impr.*, 2018, n. 4, p. 1323; G. ATZORI, *Chi (non) inquina, paga? La giurisprudenza più recente sugli obblighi del proprietario incolpevole*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2015, n. 10, p. 557; C. VIVANI, *Bonifica dei siti inquinati, chi non inquina non paga? La Corte di Giustizia ancora sulla responsabilità ambientale*, in *Giur. it.*, 2015, n. 6, p. 1480.

⁴ Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2021, n. 2847. Per inciso, l'art. 191 del codice dell'ambiente disciplina una speciale ordinanza contingibile ed urgente, di competenza del Presidente della Giunta regionale o del Presidente della provincia o del Sindaco, qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere: questi possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente (con una efficacia limitata ad un periodo non superiore a sei mesi, salva la prorogabilità fino a 18 mesi prevista dal comma quarto dell'art. 191).

⁵ La titolarità del potere del Sindaco di adottare ordinanze *extra ordinem* è prevista espressamente quale deroga al principio di separazione tra politica ed amministrazione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 50 e 107 del d.lgs. n. 267/2000. Cons. Stato Sez. V, 26 aprile 2021, n. 3372, ha ribadito che la competenza ad adottare l'ordine di rimozione dei rifiuti abbandonati e ripristino dello stato dei luoghi *ex art.* 192, comma 3, c. amb., appartiene al Sindaco. T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 30 aprile 2021, n. 390, ha precisato che la normativa di cui all'art. 192, comma 3, c. amb., in base alla quale al Sindaco spetta l'emanazione dell'ordinanza di rimozione e smaltimento dei rifiuti, prevale, in quanto successiva, sulla disposizione contenuta nell'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000, che prevede in via generale la competenza dei dirigenti per gli atti di gestione con la conseguenza che il Sindaco è legittimato ad emettere la predetta ordinanza di rimozione e smaltimento dei rifiuti.

che esigano immediati interventi, per porre rimedio a un danno già verificatosi ma anche per evitare che tale danno si verifichi.

In linea generale, i limiti della competenza sindacale sono quindi definiti dall'urgenza di provvedere, al fine di escludere (o ridurre) l'aggravarsi di danni per la salute (in applicazione dell'art. 50 t.u.e.l. citato).

Ed è per questa ragione che, a fronte di un'ordinanza sindacale che non si limiti a imporre la rimozione dei rifiuti ai sensi dell'art. 192.3 c. amb., potrebbe sussistere l'esercizio di un potere atipico previsto dal t.u.e.l.

3. I rapporti fra l'atipicità dei confini dell'intervento sindacale *extra-ordinem* e il pericolo per la salute e per l'ambiente derivante dall'abbandono di rifiuti

Il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti in tema di sanità e igiene pubblica, attribuito al Sindaco dagli articoli 50, comma 5 (in tema di sanità e igiene pubblica)⁶, e 54, comma 4, t.u.e.l.⁷, presuppone necessariamente situazioni di pericolo effettivo non tipizzate dalla legge, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione.

Solo in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente (in particolare, nel caso di rifiuti abbandonati, rispetto alla necessità di adottare una ordinanza ai sensi dell'art. 192.3 c. amb., con le ricadute di natura procedimentale che ne derivano), stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimento⁸.

Ne segue che deve ritenersi illegittima l'ordinanza che, per *deficit* istruttorio e motivazionale, nell'indicare genericamente un danno grave e imminente alla salute pubblica, non espliciti specificamente e analiticamente l'effettiva mancanza di strumenti alternativi previsti dall'ordinamento, come, per contro, è doveroso, stante il carattere *extra ordinem* del potere sindacale di ordinanza contingibile e urgente.

⁶ La norma prevede che, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal Sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate dal Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche.

⁷ Il Sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti in esame sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione.

⁸ Cons. Stato, Sez. II, 22 aprile 2021, n. 3260; id., Sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5780; negli stessi termini, id., Sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580; id., 21 febbraio 2017, n. 774, e 22 marzo 2016, n. 1189.

L'accertamento dei presupposti che legittimano l'intervento sindacale deve avvenire in modo rigoroso. E ciò proprio in quanto l'urgenza, nel consentire l'adozione di una ordinanza *ex art.* 50 t.u.e.l. consente di derogare anche alle garanzie procedurali ordinariamente previste dall'art. 192 del codice dell'ambiente (con specifico riguardo al coinvolgimento partecipativo endo-procedimentale del destinatario del provvedimento). Si tratta infatti di un provvedimento per sua natura incompatibile con il rispetto dei tempi di interlocuzione con il soggetto destinatario, tale da rendere recessive anche eventuali garanzie di coinvolgimento procedimentale in ragione del valore del bene protetto (tutela ambientale) e delle sottese esigenze di tutela dell'incolumità pubblica e della salute. Solo nel caso di effettiva urgenza, l'amministrazione può legittimamente escludere la partecipazione del privato al procedimento. E l'urgenza connota per definizione l'ordinanza *extra ordinem*⁹.

4. Conseguenze di disciplina quanto all'identificazione del destinatario del provvedimento nel proprietario del terreno interessato dall'abbandono dei rifiuti

L'art. 192 del codice dell'ambiente, concernente l'abbandono o deposito incontrollato di rifiuti, prevede il coinvolgimento del proprietario (in solido con il trasgressore) solo in caso di dolo o colpa.

L'accertamento del soggetto responsabile dell'abbandono incontrollato di rifiuti, attesa la gravità delle conseguenze, economiche ed anche penali¹⁰, che da esso possono scaturire, deve fondarsi su un'attività istruttoria approfondita ed accurata che abbia fatto emergere o prove inconfutabili di tale responsabilità¹¹.

In concreto, l'accertamento della responsabilità non può essere limitato alla verifica della titolarità catastale del terreno sul quale i rifiuti siano stati abbandonati (prima) e rinvenuti (successivamente). Se una verifica di tal genere può rappresentare il punto di partenza dell'istruttoria, deve necessariamente essere seguita da ulteriori indagini, volte a raccogliere, quanto meno, una serie di indizi gravi precisi e concordanti che possano consentire di far accertare o di far presumere, con un grado elevato di attendibilità, l'individuazione del soggetto responsabile (o in quanto autore materiale dell'abbandono, o in quanto concorrente dello stesso). Così, ad esempio, qualora fra i rifiuti siano rinvenute (come a volte avviene) fatture o indicazioni nominative o di numeri di telefono, nell'ambito dell'istruttoria si dovrà

⁹ In argomento, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2012, n. 4968; id., 2 aprile 2001, n. 1904; T.A.R. Campania, Napoli, II, 27 marzo 2009, n. 1650.

¹⁰ Il riferimento è, in particolare, alle sanzioni amministrative e penali previste dagli artt. 255 e 256 del codice dell'ambiente.

¹¹ T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 11 maggio 2021, n. 435.

tentare di risalire al detentore del rifiuto e di ricostruire le modalità di trasporto dello stesso (se effettuato o meno mediante consegna a soggetto autorizzato allo smaltimento).

Tale accertamento viene svolto (in prima battuta) dall'amministrazione procedente e poi sottoposto a verifica (in caso di impugnazione dell'ordinanza, volta a contestare la sussistenza della responsabilità), da parte del giudice amministrativo. È altresì possibile che tale verifica sia rimessa al giudice penale, nel caso di successiva contestazione della contravvenzione di cui all'art. 255 c. amb.¹²

Le ordinanze *extra-ordinem*, invece, hanno come destinatario il proprietario dell'area, in quanto soggetto che ne abbia la libera disponibilità¹³. L'applicazione dell'art. 50 t.u.e.l. consente, infatti, di prescindere dalla previa individuazione sia del soggetto responsabile dell'inquinamento sia dell'imputabilità soggettiva della violazione a carico del proprietario (come imposta dall'art. 192.3 c. amb.)¹⁴, rendendo possibile indirizzare l'ordine di intervento direttamente al proprietario dell'area inquinata¹⁵.

L'art. 50 t.u.e.l., infatti, nulla disciplina in merito all'individuazione dei destinatari del provvedimento. Anzi, l'urgenza che caratterizza l'esercizio del potere sindacale ben si coniuga con la semplificazione degli accertamenti istruttori insita nell'imposizione degli obblighi in capo al proprietario (facilmente individuabile sulla base delle sole risultanze catastali), invece che all'effettivo responsabile dell'inquinamento (per individuare il quale sarebbero necessari autonomi ed ulteriori accertamenti istruttori). Tale urgenza può anche consentire all'amministrazione (comunale) di imporre direttamente al proprietario la realizzazione delle misure e, in caso di sua inerzia, di addossargliene i costi. Ne segue che l'atto adottato dal Sindaco nell'esercizio del potere attribuito all'autorità comunale dall'art. 50 comma 5 t.u.e.l. può essere notificato, in ragione al carattere indifferibile ed urgente dell'intervento, al proprietario dell'area, a prescindere da una sua (eventuale) responsabilità.

Pertanto, l'ordinanza contingibile e urgente può essere legittimamente indirizzata all'attuale proprietario dell'area, cioè a colui che si trova con quest'ultima in un rapporto tale da consentirgli di eseguire gli interventi ritenuti necessari al fine di eliminare la riscontrata situazione di pericolo, ancorché essa sia da imputarsi ad altro soggetto o al precedente proprietario.

¹² L'inottemperanza all'ordinanza del Sindaco adottata ai sensi dell'art. 192 c. amb., infatti, è sanzionata con la pena dell'arresto fino ad un anno, ai sensi dell'art. 255, comma 3, dello stesso codice. Il destinatario dell'ordinanza sindacale, nel caso di esercizio dell'azione penale nei suoi confronti, potrebbe contestare la sussistenza di una sua eventuale responsabilità penale proprio invocando la non imputabilità della condotta di abbandono dei rifiuti (chiedendo, quindi, la disapplicazione dell'ordinanza sindacale, in quanto illegittimamente adottata nei confronti del soggetto non responsabile dell'abbandono).

¹³ Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2021, n. 1192. Sul tema, Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2017, n. 1089; in questi termini, Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2016, n. 1509; Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2015, n. 3544.

¹⁴ In dottrina, cfr. ad esempio G. GALLONE, *L'individuazione del responsabile della bonifica: giudica amministrativo e giudice penale a confronto*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, n. 4, p. 449; R. LEONARDI, *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del "Chi inquina paga" al criterio oggettivo del "chi è proprietario paga"*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, n. 1, pp. 5 ss.; A. CARAPELUCCI, *"Chi inquina paga": il punto sulla responsabilità dell'inquinatore e proprietario incolpevole nella bonifica dei siti inquinati*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, n. 9, pp. 1885 ss.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533; id., Sez. V, 15 febbraio 2010, n. 820; T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 14 ottobre 2013, n. 4603; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 luglio 2009, n. 4379.

La ricerca dell'obbligato di diritto, mediante accertamenti complessi e laboriosi, risulta in genere incompatibile con l'intrinseca natura dei provvedimenti contingibili ed urgenti.

La legittimità di tale semplificazione istruttoria nell'identificazione del destinatario dell'ordinanza sindacale trova giustificazione anche nel fatto che tale ordinanza non assume carattere sanzionatorio. Essa è diretta non a punire i soggetti ai quali è da attribuire la responsabilità della situazione abusiva, bensì è rivolta essenzialmente ad ottenere la rimozione dell'attuale stato di pericolo e a prevenire ulteriori danni all'ambiente circostante e alla salute pubblica. Tuttavia, una eventuale inottemperanza del proprietario può essere perseguita penalmente, ai sensi dell'art. 650 c.p.¹⁶, norma che sanziona l'inosservanza di un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione (anche) d'igiene. In questo caso, tuttavia, la pena è meno afflittiva di quella stabilita dall'art. 255 c. amb. per il caso di violazione dell'ordinanza sindacale "tipica" di rimozione dei rifiuti. È infatti prevista una pena alternativa dell'arresto fino a tre mesi ovvero dell'ammenda fino a euro 206, invece che la sola pena dell'arresto fino a un anno di cui all'art. 255, comma terzo, c. amb.

5. Possibili semplificazioni istruttorie nell'accertamento della colpa nell'art. 192 c. amb. e abbandoni risalenti

Gli ordini di smaltimento dei rifiuti, ai sensi dell'art. 192, comma 3, del codice dell'ambiente, invece, (a differenza delle ordinanze contingibili ed urgenti) non possono essere indiscriminatamente rivolti al proprietario di un fondo in ragione di tale sua mera qualità ed in mancanza di adeguata dimostrazione da parte dell'amministrazione procedente, sulla base di un'istruttoria completa e di un'esauriente motivazione.

Sotto questo profilo è stato infatti ripetutamente affermato che la disciplina contenuta nel predetto art. 192 è improntata ad una rigorosa tipicità dell'illecito ambientale, non residuando al riguardo alcuno spazio per una responsabilità oggettiva, posto che per essere ritenuti responsabili della violazione dalla quale è scaturito l'abbandono illecito di rifiuti occorre quantomeno la colpa, e che tale regola di imputabilità a titolo di dolo o colpa non ammette eccezioni, anche in relazione – per l'appunto – ad un'eventuale responsabilità solidale del proprietario dell'area¹⁷.

Peraltro, la giurisprudenza ha fatto emergere una interpretazione estensiva quanto all'individuazione dei soggetti passivi dell'ordine di rimozione di rifiuti previsto dall'art. 192, comma 3, del codice dell'ambiente, chiarendo che l'ordinanza possa essere indirizzata anche nei confronti del proprietario dell'area, pur non essendo lo stesso l'autore materiale delle condotte di abbandono dei rifiuti.

¹⁶ In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza (Cass. pen., Sez. I, 16 gennaio 2007, n. 15881).

¹⁷ Così, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2009 n. 1612; id., 25 agosto 2008 n. 4061.

La giurisprudenza, infatti, nel caso di concreto rischio per la salute e di abbandono di rifiuti effettuato da ignoti, attribuisce rilevanza esimente alla diligenza del proprietario, che abbia fatto quanto risulti concretamente esigibile, e impone invece all'amministrazione di disporre le misure ivi previste nei confronti del proprietario che – per trascuratezza, superficialità o anche indifferenza o proprie difficoltà economiche – nulla abbia fatto e non abbia adottato alcuna cautela volta ad evitare che vi sia in concreto l'abbandono dei rifiuti¹⁸. Il requisito della colpa postulato dall'art. 192 cit., allora, ben può consistere proprio nell'omissione del controllo che altri non operino abusivamente sul suolo di proprietà, dovendo il proprietario attivarsi affinché non avvenga un uso improprio del suo suolo e ponendo in essere ogni utile accorgimento e cautela che l'ordinaria diligenza gli suggerisce per realizzare un'efficace custodia e protezione dell'area, così impedendo che possano essere ivi indebitamente depositati rifiuti nocivi¹⁹.

Se è pur vero allora, che il dovere di diligenza che grava sul titolare del fondo non può arrivare al punto di richiedere una costante vigilanza, da esercitarsi quotidianamente, al fine di impedire ad estranei di penetrare nell'area e di abbandonarvi i rifiuti, ciò non toglie che debba pur sempre esigersi a carico del proprietario il rispetto di un onere di media diligenza la cui inosservanza è suscettibile di integrare l'elemento soggettivo della colpa. Pertanto, laddove sia comprovata la sussistenza di un nesso causale tra la condotta del proprietario e l'abusiva immissione di rifiuti nell'ambiente, un concreto obbligo per i proprietari diviene esigibile laddove sia riconducibile ad una responsabilità per dolo o per violazione delle regole di comune diligenza e prudenza.

Ed infatti la responsabilità configurata dall'art. 192 comma 3 in esame, a carico dei proprietari e dei titolari di diritti reali o personali dei godimento (che concorre in solido con quella degli autori degli illeciti sversamenti), lungi dal qualificarsi quale responsabilità di tipo oggettivo, presuppone l'imputabilità del fatto a titolo di dolo o colpa, quest'ultima configurabile ogni qual volta non siano state poste in essere le cautele necessarie ad evitare o limitare gli illeciti sversamenti sulle aree di propria titolarità.

Si deve allora ritenere, ad esempio, che non abbia utilizzato la massima diligenza nella custodia del suolo di sua pertinenza, il privato che non si sia attivato onde evitarne l'alterazione e l'abusivo utilizzo di terzi, pur essendo a conoscenza delle circostanze contestatagli (conoscenza desumibile da vari elementi, quali che il terreno oggetto degli illeciti sversamenti di rifiuti si trovi nelle vicinanze dell'abitazione del proprietario, il quale, per le dimensioni rilevanti del deposito di rifiuti, per la loro tipologia, non possa non essere a conoscenza dell'illecito utilizzo del suolo, e ciononostante non abbia dimostrato di essersi attivato con la opportuna cura e diligenza onde predisporre ogni accorgimento utile ad

¹⁸ Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2021, n. 4441. Per una disamina degli orientamenti interpretativi, anche della dottrina, sul punto, sia consentito rinviare a V. CINGANO, *La colpa omissiva in concreto nell'art. 192 del codice del TUA*, in *Ambiente e sviluppo*, 2020, n. 6, p. 465.

¹⁹ TAR Abruzzo (Pescara), Sez. I, 15 luglio 2021, n. 363.

impedirne l'uso illecito, quali recinzione, sistemi di controllo a distanza, vigilanza ecc. ..., o di aver denunciato tempestivamente gli sversamenti alle autorità competenti).

Si può ragionevolmente osservare, allora, che la giurisprudenza recente tende a valutare come legittimo un accertamento istruttorio della responsabilità del proprietario, ai sensi dell'art. 192, comma 3, c. amb., che, pur non avendo portato all'accertamento di un suo diretto coinvolgimento nell'abbandono dei rifiuti, abbia comunque accertato anche solo la trascuratezza, la superficialità o l'indifferenza dei soggetti tenuti per legge alla custodia del bene, con riferimento all'omissione delle cautele necessarie volte ad impedire il concreto abbandono dei rifiuti²⁰. Simile approccio interpretativo semplifica l'individuazione del responsabile dell'abbandono e, quindi, del destinatario dell'ordinanza sindacale, così consentendo anche un intervento efficace per imporre la rimozione dei rifiuti nel caso di sversamenti eventualmente risalenti nel tempo. In questo modo, inoltre, il proprietario risulta in concreto responsabilizzato rispetto alla necessità di vigilare sullo stato del bene.

Una simile interpretazione determina, quindi, un rafforzamento della tutela degli interessi che la normativa mira a proteggere (ambiente e salute), non soltanto nell'ottica di consentire la rimozione dei rifiuti abbandonati (semplificando l'istruttoria volta all'individuazione del destinatario dell'ordinanza), ma anche in una prospettiva di prevenzione, incentivando un controllo effettivo del proprietario sul bene.

A ciò deve aggiungersi, ancora, che la necessità di superare l'inerzia del proprietario, nel caso di rifiuti abbandonati che giacciono da tempo sul suo terreno, potrebbe essere utile fronteggiata (in concreto) soltanto mediante l'adozione di una ordinanza ai sensi dell'art. 192.3 c. amb., e non mediante l'adozione di una ordinanza contingibile ed urgente. Presupposto applicativo delle ordinanze contingibili ed urgenti, infatti, è anche l'attualità del pericolo (cioè la sussistenza di un rischio concreto di un danno grave ed imminente). Un abbandono risalente nel tempo di per sé potrebbe aver consentito un intervento ordinario ai sensi dell'art. 192 del codice dell'ambiente nei confronti del responsabile dell'abbandono. Ove tale intervento sia stato omesso, l'adozione dell'ordinanza contingibile ed urgente nei confronti del proprietario, per risultare legittima, imporrebbe all'amministrazione di motivare specificamente circa l'attualità della minaccia all'ambiente o alla salute (attualità che può elidere il fatto che la situazione di pericolo sia nota da tempo), ad esempio in rapporto alla necessità di evitare un peggiorare delle conseguenze pregiudizievoli, in quanto il trascorrere del tempo non elimina da sé il pericolo, ma può, invece, aggravarlo. E la legittimità dell'ordinanza sarebbe subordinata (in questo caso) al ritenere (in astratto) che l'assoluta imprevedibilità della situazione da affrontare non ne sia un presupposto indefettibile²¹.

²⁰ T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 29 aprile 2021, n. 771; T.A.R. Bari, Sez. I, n. 28 settembre 2020, n. 1227.

²¹ L'assoluta imprevedibilità della situazione da affrontare non è un presupposto indefettibile per l'adozione delle ordinanze sindacali *extra ordinem* (Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2013, n. 3024); cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1322. L'adozione di un'ordinanza sindacale contingibile e urgente trova fondamento nell'esigenza di fronteggiare con immediatezza una situazione di natura eccezionale ed imprevedibile, in attesa dell'adozione delle misure ordinarie,

Le difficoltà applicative (che possono ragionevolmente tradursi in altrettanti motivi di impugnazione) appena poste in evidenza impongono di ritenere che le ordinanze contingibili ed urgenti non siano lo strumento più idoneo ed efficace per far fronte ad abbandoni risalenti nel tempo. Di contro, la semplificazione istruttoria derivante dall'interpretazione che consente di adottare l'ordinanza sindacale *ex art. 192.3 c. amb.* nei confronti del proprietario del quale sia accertata la colpa, per aver omesso la corretta custodia del bene con riferimento all'omissione delle cautele necessarie volte ad impedire il concreto abbandono dei rifiuti, di fatto rende tale ordinanza lo strumento più idoneo per garantire la tutela della salute e dell'ambiente contro agli abbandoni risalenti nel tempo.

6. Riflessioni conclusive

Preso atto del fatto che, nella varietà della prassi applicativa, le ordinanze di rimozione rifiuti, a tutela dell'ambiente e della salute, vengono adottate anche nella veste di ordinanze contingibili ed urgenti, è necessario cercare di individuare i confini del potere sindacale (al fine di evitare una elusione delle garanzie procedurali stabilite dall'art. 192, comma 3, del codice dell'ambiente).

I rispettivi ambiti di operatività fra ordinanze sindacali *extra ordinem* e ordinanze sindacali *ex art. 192, comma 3, codice ambiente* si possono delimitare come segue.

La regola si identifica nell'applicazione delle ordinanze sindacali con ricorso all'articolata procedura regolata dall'art. 192, comma 3, del codice. In via di eccezione è consentito l'intervento sindacale ai sensi dell'art. 50 (o 54) t.u.e.l.

La deroga è legittima soltanto quando sussistano specifiche ed eccezionali ragioni di urgenza, le quali rendano impossibile attivare tempestivamente i procedimenti di cui all'art. 192.3 citato, lo strumento giuridico più adatto diventa quello dell'ordinanza *extra-ordinem*, disciplinata dall'ordinamento proprio per far fronte ad emergenze sanitarie o di igiene pubblica. Lo strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente non è legittimamente utilizzabile se è possibile provvedere ai sensi dell'art. 192.3.

Il confine tra i due atti è rappresentato dall'urgenza qualificata di provvedere, già sopra individuata. L'urgenza di provvedere, di conseguenza, legittima l'intervento comunale, facendo sorgere il potere sindacale straordinario, e (allo stesso tempo) determina i confini del potere sindacale di intervento (nel senso che le deroghe alla disciplina di cui all'art. 192.3 c. amb. è giustificato solo nella misura in cui sia impossibile utilizzare tempestivamente i rimedi normali offerti dall'ordinamento).

ovvero una situazione di pericolo imminente al momento dell'adozione dell'ordinanza, indipendentemente dalla circostanza che la stessa sia sorta in epoca antecedente (Cons. Stato, Sez. II, 15 febbraio 2021, n. 1375).

Il ricorso allo strumento straordinario è legittimato, in definitiva, dalla necessità di garantire una tempestiva tutela della salute e di limitare il pregiudizio all'ambiente, a fronte di situazioni (particolari, accertate e di cui deve essere dato conto nella motivazione del provvedimento) che non consentano di attuare le garanzie partecipative e procedurali previste, in via ordinaria, dall'art. 192 c. amb.

Peraltro, se dai piani della teoria generale e del fondamento giuridico si muove verso quello dell'applicazione pretoria, si nota che la giurisprudenza amministrativa tende ad ammettere, in linea astratta, la configurabilità di un potere comunale, *ex art. 50 t.u.e.l.*, ma che nella concreta verifica di legittimità delle ordinanze si riscontra una particolare attenzione al rigoroso accertamento dell'urgenza, quale presupposto legittimante l'intervento comunale. Per questo motivo, l'esito del giudizio amministrativo sovente determina l'annullamento dell'ordinanza contingibile ed urgente (per ritenuto difetto del requisito dell'urgenza).

Così, se in linea generale, con riferimento alle ordinanze contingibili ed urgenti, si afferma che l'attualità della minaccia toglia rilevanza al fatto che la situazione di pericolo sia nota da tempo (in quanto presupposti per la sua adozione sono la sussistenza e l'attualità del pericolo, cioè del rischio concreto di un danno grave e imminente), con specifico riferimento alla materia in esame si deve ritenere diversamente. Ovvero che una situazione di pericolo nota da tempo avrebbe consentito, di per sé, un ordinario intervento ai sensi dell'art. 192.3 del codice dell'ambiente, escludendo quindi la legittimità di un intervento *extra-ordinem*. Per prudenza interpretativa, si devono comunque fare salvi, all'esito di un esame specifico del caso concreto, i casi effettivamente eccezionali in cui, comunque, un intervento immediato nei confronti del proprietario sia reso necessario (ad esempio) dalla necessità di evitare un aggravarsi della contaminazione in relazione alle sue conseguenze pregiudizievoli per la salute (pur a fronte di contaminazioni già note)²².

D'altra parte, l'interpretazione avallata dalla giurisprudenza, che consente di ritenere in colpa il proprietario che abbia omissso la corretta vigilanza ed il dovuto controllo sul bene, con riferimento all'omissione delle cautele necessarie volte ad impedire il concreto abbandono dei rifiuti, determina una semplificazione istruttoria che, di fatto, rende più efficace l'adozione di una ordinanza di rimozione ai sensi dell'art. 192.3 c. amb. a fronte di abbandoni risalenti nel tempo.

Così, ancora, con riferimento all'interpretazione in generale dell'art. 50 t.u.e.l. esiste un contrasto interpretativo in ordine all'ulteriore supposto requisito della provvisorietà, nel duplice

²² D'altra parte, anche con riferimento alle ordinanze sindacali, in generale, la giurisprudenza afferma che la circostanza che la situazione di pericolo sia protratta nel tempo non rende illegittima l'ordinanza dal momento che in determinate situazioni il trascorrere del tempo non elimina da sé il pericolo, ma può, invece, aggravarlo (Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3077; id., 12 ottobre 2010, n. 7411). È quindi ammissibile il ricorso allo strumento dell'ordinanza *extra-ordinem* per fronteggiare con immediatezza sia una situazione di natura eccezionale ed imprevedibile, in attesa dell'adozione delle misure ordinarie, sia una condizione di pericolo attuale e imminente al momento dell'adozione dell'ordinanza - per la quale il provvedimento sia idoneo a porre rimedio, indipendentemente dalla circostanza che la situazione di emergenza sia risalente nel tempo (T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. II, 21 aprile 2021, n. 404).

senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporale normalmente limitata (non potendo il Sindaco farvi ricorso per risolvere problematiche che necessitano l'espletamento delle misure ordinarie previste dall'ordinamento per il corretto esercizio dell'azione amministrativa). La giurisprudenza si è pronunciata (in generale) nel senso che le ordinanze contingibili e urgenti non debbano per forza avere sempre il carattere della provvisorietà, dato che il loro connotato essenziale è la necessaria idoneità delle relative misure ad eliminare la situazione di pericolo che costituisce il presupposto della loro adozione²³. Le misure stesse possono essere provvisorie o definitive a seconda del tipo di rischio che intendono fronteggiare, nel senso che occorre avere riguardo alle specifiche circostanze di fatto del caso concreto e allo scopo pratico perseguito attraverso il provvedimento sindacale.

Con specifico riferimento alla materia dei rifiuti, la natura stessa degli interventi necessari per porre rimedio all'abbandono di rifiuti (e le conseguenti operazioni di rimozione e ripristino dello stato dei luoghi, a tutela della salute e dell'ambiente), non può che determinare un assetto non provvisorio degli interessi (dal momento che, se l'ordinanza viene correttamente eseguita, i rifiuti vengono rimossi), ferma restando la necessaria da proporzionalità rispetto al pericolo cui ovviare.

Una chiosa finale. La sussistenza (ed i limiti) della ritenuta residuale ed eccezionale competenza comunale *extra-ordinem* in materia di rimozione rifiuti abbandonati, determinano la necessità (nella pratica applicativa) di qualificare il provvedimento che sia sottoposto al vaglio giurisdizionale²⁴. E ciò in quanto, in concreto, l'ordinanza adottata dal Sindaco potrebbe non indicare le norme attributive del potere ovvero (pur richiamando formalmente l'art. 50 t.u.e.l.) o potrebbe in realtà non presentare una motivazione non congruente con i relativi presupposti²⁵; ancora, un medesimo atto potrebbe presentare un contenuto plurimo, nell'eventualità in cui (ad esempio) disponga più obblighi, anche di diversa natura, nei confronti del proprietario²⁶.

In tutte queste ipotesi, come nelle altre che la varietà della prassi può presentare, è necessaria una preliminare corretta qualificazione giuridica della natura dell'atto (anche in via officiosa, in applicazione del principio *iura novit curia*). E solo se, in concreto, si accerti la ricorrenza dei presupposti *ex art. 50 t.u.e.l.* (*in primis*, l'urgenza di provvedere a tutela della salute) la competenza sindacale *extra-ordinem* (e la conseguente deroga alle garanzie partecipative ed alla responsabilità soggettiva prevista dall'art. 192.3 c. amb.) potrà essere ritenuta legittima.

²³ Affermazione consolidata: Cons. Stato, Sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474; id., Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369; id., Sez. III, 29 maggio 2015, n. 2697; id., Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5276.

²⁴ La qualificazione giuridica di un atto amministrativo discende dalle sue caratteristiche e dal suo contenuto sostanziale. Di conseguenza, gli argomenti profusi in giudizio a sostegno di una determinata qualificazione non possono essere ritenuti quale integrazione (postuma) della motivazione dell'atto medesimo (cfr. Cons. Stato Sez. V, 7 marzo 2019, n. 1567). In argomento, T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 6 ottobre 2020, n. 589. Il giudice amministrativo ha il potere di qualificare il provvedimento impugnato in base al suo effettivo contenuto e agli effetti concretamente prodotti in quanto, secondo un consolidato orientamento, la qualificazione dell'atto amministrativo dev'essere operata sulla base del suo effettivo contenuto e degli effetti concretamente prodotti, e non anche del *nomen iuris* assegnatogli dall'Autorità emanante.

²⁵ Per questa ipotesi, cfr. T.A.R. Campania, Sez. V, 5 giugno 2019, n. 3042.

²⁶ Come ritenuto da T.A.R. Campania, Sez. V, 5 giugno 2019, n. 3041.

La vaccinazione contro il Covid-19 delle persone incapaci di prestare il loro consenso*

Fabio Cembrani**

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Sull'esigenza di dare al consenso una dimensione soprattutto relazionale. – 3. Le (promettenti) scelte normative per la vaccinazione contro il Covid-19 degli incapaci. – 4. Le indicazioni fornite dalle Società scientifiche per il consenso vaccinale degli incapaci naturali. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT:

Sulla vaccinazione contro il Covid-19 si è sviluppato un ampio dibattito spesso circoscritto, sul piano etico e giuridico, alle rivendicazioni di chi si oppone all'obbligo vaccinale ed a quello della certificazione verde. Questo dibattito ha però spesso trascurato il valore della solidarietà e l'esigenza di dare protezione alle persone più fragili non ancora (i minori) o non più (gli anziani disabili) in grado di autodeterminarsi e di esprimere il loro consenso libero ed informato alla vaccinazione. A loro occorre pensare essendo doveroso farlo alla luce delle promettenti indicazioni fornite dalle norme approvate dal nostro Paese, sintetizzando quanto proposto dalle Società scientifiche (AIP da un lato e SINDem-SIMG-SIN dall'altro) con l'obiettivo di trovare quei punti d'incontro necessari ad affrontare, con matura serietà, i problemi pratici posti dagli incapaci naturali. Anche per integrare le poco felici ed incomplete previsioni della legge n. 219/2017 sul consenso perché gli incapaci naturali rappresentano una fascia non certo trascurabile della nostra popolazione e perché i tempi della giurisdizione non sono sempre sincroni e compatibili con quelli della cura.

A wide debate has developed on vaccination against Covid-19, often limited, on an ethical and legal level, to the claims of those who oppose the vaccination obligation and that of green certification. However, this debate has often overlooked the value of solidarity and the need to give protection to the most fragile people who are not yet (minors) or no longer (disabled elderly people) capable of self-determination and expressing their free and informed consent to vaccination. It is necessary to think of them as it is only right to do so in the light of the promising indications provided by the regulations approved by our country, summarizing the point proposed by the scientific societies (AIP on the one hand and SINDem-SIMG-SIN on the other) with the aim of finding those points of meeting necessary to face, with mature seriousness, the many difficult questions posed by the natural

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Già Direttore U.O. di Medicina legale di Trento, Professore a contratto nell'Università degli Studi di Verona.

incapable. Also to integrate the unfortunate provisions of law no. 219/2017 on the consent of the incapable because the natural incapable represent a not negligible segment of our population and because the timing of the jurisdiction are not always synchronous and compatible with those of the treatment.

1. Introduzione

Sulla vaccinazione contro il Covid-19 è in corso, in Italia, un aspro (e poco dialettico) scontro tra chi è favorevole alla sua obbligatorietà¹ e chi, al contrario, rivendica il diritto alla libertà di scelta con motivazioni di ordine diverso, non sempre ragionevoli² e spesso provenienti da deformazioni preconcepite di ordine ideologico se non addirittura confessionale³. Lo scontro in atto, acuito dalla recente obbligatorietà del *green pass* per l'accesso ai luoghi di lavoro e dalla decisione politica di non pagare il costo dei tamponi ai non vaccinati, è così tra chi difende la dimensione pubblica del diritto alla salute (dovere indelegabile) e chi, per contro, si appella al secondo comma dell'art. 32 Cost. per privilegiare lo spazio riconosciuto alla libertà individuale nonostante questo spazio non legittimi mai un diritto assoluto ed incondizionato visto e considerato che la Carta costituzionale non esclude il potere dello Stato di imporre quei trattamenti sanitari necessari a proteggere la salute collettiva. Anche se di esso non si è avvalso il Parlamento italiano che, per contrastare la circolazione virale, ha invece agito rendendo obbligatoria la vaccinazione contro il Covid-19 per alcune particolarissime categorie di lavoratori (il personale sanitario e gli operatori sanitari che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie e socio-sanitarie sia pubbliche che private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali)⁴ rafforzando, di pari passo, tutta una serie di divieti e di fortissime limitazioni della libertà

¹ Per tutti si veda il recentissimo contributo di A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in www.dirittifondamentali.it, 2021, n. 2.

² Le controindicazioni e le precauzioni da adottare nell'utilizzo dei vaccini contro il Covid-19 sono state indicate dalla circolare della Direzione Generale della prevenzione sanitaria del Ministro della salute del 4 agosto 2021 ('Certificazione per esenzione alla vaccinazione anti-Covid-19').

³ Oltre alla (non folta schiera) dei No-Vax, il rifiuto vaccinale sembra essere stato anche influenzato da motivazioni di ordine confessionale sostenute dall'idea che il terreno di cultura per la produzione di alcuni vaccini contro il Covid-19 (tra cui Astrazeneca) provenisse da feti volontariamente abortiti. Sulla questione si rinvia a S. FIORE, *Obbligo vaccinale e obiezione di coscienza nel caso del Covid-19*, in *Diritti fondamentali*, 2021, n. 3. Si veda, inoltre, la Nota della Congregazione per la Dottrina sulla Fede dei 21 dicembre 2020 nella quale si legge "*che quando non sono disponibili vaccini contro il Covid-19 eticamente ineccepibili [...] è moralmente accettabile utilizzare i vaccini anti Covid-19 che hanno usato linee cellulari provenienti da feti abortivi nel loro processo di ricerca e produzione*".

⁴ Come previsto dal decreto-legge n. 44 dell'1 aprile 2021 convertito con modificazioni dalla legge 28 maggio 2021, n. 76 anche se qualche giorno fa (il 24 novembre 2021), il Presidente del Consiglio dei Ministri ha, in conferenza stampa, annunciato l'approvazione di un nuovo decreto-legge che, oltre ad introdurre il *green pass* rafforzato, ha esteso l'obbligo vaccinale ad altre categorie di lavoratori tra cui il personale scolastico, quello militare e quello delle forze di polizia.

personale per chi non è in possesso della certificazione verde Covid-19⁵; certificazione rilasciata dal Ministero della salute che si ottiene al completamento del ciclo vaccinale, dopo la prima dose con una validità temporale limitata o, se non immunizzati, con la negatività di un tampone molecolare o antigenico rapido non salivare eseguito rispettivamente nelle 72⁶ e 48 ore precedenti o quando si è guariti dall'infezione.

Da annunciato (ma non confermato) obbligo giuridico, la vaccinazione contro il Covid-19 è così divenuta un onere posto a carico della singola persona che per accedere ai luoghi di lavoro (sia pubblici che privati), agli esercizi pubblici, agli ambienti ricreativi (palestre, cinema, teatri, ecc.), ai mezzi di trasporto a lunga permanenza ed alla scuola (per tutti gli over12enni) deve essere in possesso di questa certificazione. Con una scelta politica radicale che ha stravolto l'obiettivo del certificato digitale europeo Covid-19 introdotto per semplificare gli spostamenti tra i Paesi comunitari⁷ ed in decisa controtendenza rispetto a ciò che è avvenuto in ambito comunitario visto che in Francia il *passé sanitaire* è necessario per accedere ai soli spazi pubblici che accolgono più di 50 persone in contemporanea mentre la Spagna e la Germania non hanno ad oggi previsto limitazioni nei confronti di chi non è in possesso di questa certificazione. Per questo la norma che lo ha introdotto è stata tacciata di forti profili di incostituzionalità⁸ anche se autorevolissimi giuristi italiani hanno fatto sentire la loro voce ritenendo che così non è, ricordando, tra l'altro, la recente decisione della Corte costituzionale francese con la quale è stato ritenuto legittimo il passaporto sanitario imposto dal Governo Macron⁹.

Che il *green pass* sanitario base e quello rafforzato comprimano o meno i diritti e le libertà fondamentali¹⁰ violando i principi costituzionali, ciò che bisogna comunque ammettere è che l'introduzione di queste misure di contenimento della circolazione virale non possono distrarre l'attenzione pubblica dai (tanti) altri effetti pandemici: tra tutti, quello del consenso vaccinale che resta una questione molto seria alla quale non possiamo rivolgerci aggrappandoci al salvagente del suo presunto valore medico-legale e dei tanti altri stereotipi

⁵ Così l'art-9 del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 convertito con modificazioni dalla legge 17 giugno 2021, n. 87.

⁶ Così la legge 24 settembre 2021, n. 133 che ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge 6 agosto 2021 n. 111.

⁷ Così il Regolamento UE2021/953.

⁸ Cfr. F. PALSANTE, *Il green pass e la Costituzione*, in www.volerelaluna.it, 13 settembre 2021, il quale muove tre sostanziali profili di censura avendo la norma violato il principio di uguaglianza ed il diritto alla salute previsti dagli artt. 3 e 32 Cost. e il diritto dell'UE visto che il suo solo obiettivo era quello di facilitare gli spostamenti tra gli Stati superando le misure restrittive introdotte da ciascuno di essi. Sulla stessa linea anche L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo per incentivare la vaccinazione contro il Covid-19 (cd. Green pass)*, in *Quaderni costituzionali*, 22 settembre 2021, il quale scrive: "A me pare, francamente, che una misura del genere sia, palesemente, incostituzionale, e non si giustifichi nemmeno nella logica del bilanciamento dei beni costituzionali o dei diritti ...".

⁹ Si vedano, per tutti e senza pretesa di esaustività, G. ZAGREBELSKY, in www.openonline.it, 8 giugno 2021 e S. CASSESE, in *Il Messaggero*, 14 agosto 2021.

¹⁰ Così M.A. SIMONELLI, *I vaccini, il Green pass e l'egoismo dei diritti fondamentali*, in laCostituzione.info, 30 luglio 2021.

che si sono diffusi in tutti gli ambienti di cura¹¹. Anche in quelli vaccinali visto che – per esperienza purtroppo comune – il consenso informato alla vaccinazione contro il Covid-19 si è tradotto nella raccolta spesso burocratica della modulistica cartacea all'uopo predisposta dall'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas)¹² e di regola sottoscritta a casa per poi essere consegnata, con la scheda anamnestica, al momento dell'accettazione, a personale non sempre in possesso di una qualifica sanitaria.

2. Sull'esigenza di dare al consenso una dimensione soprattutto relazionale

Sappiamo che la questione del consenso informato risente, nell'attività di cura, di tutta una serie di corto-circuiti se non addirittura di *biases* di natura cognitiva e che i fattori che hanno contribuito allo loro produzione e radicalizzazione sono stati molteplici: tra essi, l'efficientismo performante dell'aziendalizzazione del Servizio sanitario nazionale, la profonda crisi di assicurabilità che ha coinvolto tutte le nostre strutture sanitarie e le derive prodotte dall'esplosione del contenzioso giudiziario per presunta *malpractice* la cui conseguenza è stata quella di relegare inesorabilmente il consenso informato nella fortezza della medicina difensiva, orientata a preconstituire cause di giustificazione con il solo obiettivo di evitare/contenere guai.

Da strumento di umanizzazione della cura, il consenso informato è così divenuto un pretesto o un alibi destinato a calmierare i costi assicurativi, a ridurre la litigiosità e – molto probabilmente – a mascherare l'impreparazione delle organizzazioni e dei professionisti sanitari poco propensi ad affrontare, con sana e coraggiosa maturità, le ampie questioni che un modulo cartaceo, di regola preconfezionato, fatto firmare al paziente o a chi lo rappresenta, non può assolutamente condensare o riassumere. Nonostante questi moduli continuino ad essere implementati dalle diverse forme di accreditamento non istituzionale ed in tutti i percorsi formativi (soprattutto in quelli di gestione del rischio clinico) con la convinzione che essi possano contenere il contenzioso (giudiziario e non), dimenticando che, tra le cause principali di questo ampio e complesso fenomeno, ci sono spesso le carenze relazionali, umane e comunicative.

¹¹ Tra tutte le testimoniabilità del consenso che numerose circolari ministeriali affidavano a due professionisti sanitari non ulteriormente qualificati. Fino alla circolare del 28 marzo 2021 con la quale è stato chiarito che la firma del secondo professionista sanitario non occorre quando la vaccinazione è stata effettuata in ambulatorio o in un altro contesto in cui operi un singolo medico, al domicilio della persona interessata o quando le criticità logistico-organizzative lo richiedano.

¹² Con circolare del 21 marzo 2021 la Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute ha aggiornato la modulistica e le note informative predisposte da AIFA confermando che la manifestazione di consenso sottoscritto in occasione della somministrazione della prima dose del vaccino Covid-19 è valida per tutto il ciclo vaccinale.

Tutto ciò ha alimentato quella retorica del consenso informato¹³ che lo concepisce come l'effetto esterno dell'auto-determinazione interna¹⁴ senza però considerare che ogni decisione umana ha anche (e soprattutto) una dimensione relazionale¹⁵ o pubblica la quale non si esaurisce nel solo rapporto medico/paziente, coinvolgendo sempre tutte le altre relazioni (familiari, affettive, umane e comunitarie) che compongono il compasso irripetibile di ogni essere umano. La realtà è che il consenso informato non ha mai una circolarità chiusa (tra due unici attori, la persona ed il medico) cosicché risulta scorretto guardare ad esso in questa riduttiva e spesso equivoca prospettiva pur osservando che essa è quella più esplorata, soprattutto sul versante giuridico; esistendo il rischio, purtroppo concreto, che da strumento di tutela della libertà individuale, esso si trasformi, per l'enfasi data ai suoi determinanti giuridici, in una clava blandita dai professionisti per ridurre la complessità e gli spazi di responsabilità professionale. Ad esso occorre così guardare con occhi nuovi, con rinnovata maturità e senza mai banalizzarne le questioni complesse essendo finalmente giunto il tempo di abbandonare la presunzione, iscritta nella vulgata del consenso informato, riconoscendo che la persona pienamente signora di sé non è la regola ma l'eccezione¹⁶. Perché così è in tutti i luoghi reali della cura dove la capacità e l'incapacità di prendere una decisione (da non confondere, come si vedrà tra un attimo, nella capacità di intendere e di volere) non sono mai né un vuoto né un pieno ma un perimetro che deve essere sempre riempito di contenuti, soprattutto umani.

Riconoscere la dimensione relazionale del consenso anche delle persone incapaci potrebbe così essere la strada maestra da imboccare per recuperare il senso più autentico superando i *biases* prodotti dalla tirannia dell'autodeterminazione individuale che non risolve assolutamente le asimmetrie della relazione di cura limitandosi unicamente a spostare, dal medico al paziente, le solitudini decisionali. Considerare il consenso informato non più come un fatto privato (strettamente personale) ma come il punto in cui l'individuale si apre al variegato telaio delle relazioni umane che compongono tutte le identità biografiche consentirebbe di liberarlo dalla gabbia in cui lo si è voluto gradualmente imprigionare rimodulando, di conseguenza, i diritti e le libertà individuali alla luce di precisi doveri giuridici¹⁷; soprattutto il dovere di solidarietà imposto dal nostro vivere comunitario¹⁸ perché

¹³ Così V. PORTIGLIATTI BARBOS, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Diritto penale e processo*, 1998, pp. 894 ss.

¹⁴ Qualche interprete la deduce dall'art. 32 Cost., altri all'art. 13 Cost. che sancisce l'invulnerabilità della libertà personale.

¹⁵ Cfr. N. STOLLAR, *Informed Consent and Relational Conceptions of Autonomy*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2011, 1-10, pp. 1 ss.

¹⁶ Così V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 244.

¹⁷ Cfr. F. CAROCCIA, *Il consenso informato come misura dell'autodeterminazione: il caso del vaccino da Covid-19*, in *Diritti fondamentali*, 2021, n. 2, pp. 662 ss.: "Il consenso diventa così la misura esterna della volontà interna, poiché esso traccia i limiti della libertà individuale, in funzione del nostro vivere collettivo. In altri termini, il processo di formazione del consenso, proiettandosi all'esterno, coinvolge necessariamente la dimensione sociale degli individui e la loro capacità e necessità di vivere con gli altri, rimodulando diritti e libertà individuali alla luce di precisi doveri giuridici".

¹⁸ Così A. RUGGERI, *cit. supra*, il quale ricorda, tra l'altro, come la solidarietà non sia solo un valore dotato di un proprio significato giuridico, ma anche un valore-mezzo al servizio di altri valori fondamentali, in nome del quale "l'autode-

senza la solidarietà la tenuta della struttura sociale si sfilaccerebbe disintegrando l'idea stessa di comunità¹⁹.

3. Le (promettenti) scelte normative per la vaccinazione contro il Covid-19 degli incapaci

Attribuire al consenso la dimensione pubblica che esso ha apre la porta alla solidarietà e, con essa, alle tante persone che non sono in grado di prendere una decisione e – dunque – di autodeterminarsi riguardo alla cura; ad esse occorre doverosamente pensare come è stato responsabilmente fatto dal legislatore italiano in tempo di pandemia con una scelta politica molto coraggiosa, davvero innovativa e del tutto promettente laddove i professionisti la sapranno onorare.

L'occasione è stata data dalla produzione, commercializzazione e distribuzione dei vaccini contro il Covid-19 e dalla decisione politica di non rendere obbligatoria questa specifica vaccinazione (come peraltro avvenuto in tutta Europa, eccezion fatta per l'Austria) pensando alle persone più fragili e non più in grado di prendere una decisione autonoma ancorché non sottoposte a misure di protezione giuridica, assistite al domicilio o ricoverate nelle RSA o in altri luoghi di cura. Proprio ad esse ha, con straordinaria lungimiranza, pensato il legislatore dell'urgenza e lo ha fatto con il decreto-legge n. 1 approvato il 5 gennaio 2021 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 3 dello stesso giorno), abrogato dalla legge 29 gennaio 2021 n. 6 ('Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 dicembre 2020, n. 172, recante ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19') che ne ha però riproposto i contenuti nell'allegato alla legge stessa. È l'art. 5 di quell'originario decreto-legge che tratta la questione del consenso al trattamento vaccinale degli incapaci, prevedendo: (a) che queste persone esprimano il loro consenso a mezzo del tutore, del curatore o dell'amministratore di sostegno ovvero, se formalmente nominato, del fiduciario e comunque nel rispetto della volontà eventualmente già espressa dall'interessato, ovvero di quella che avrebbe presumibilmente espresso ove capace di intendere e di volere (comma 1); (b) che, laddove il curatore o l'amministratore di sostegno manchino o non siano in alcun modo reperibili per almeno 48 ore, il direttore sanitario o, in difetto, il responsabile medico della residenza sanitaria assistita (R.S.A.) o dell'analoga struttura comunque denominata ove la persona incapace è ricoverata (in loro difetto dal direttore sanitario della ASL competente sulla struttura o da un suo delegato), ne assume temporaneamente la funzione di amministratore di sostegno al solo

terminazione della persona [...] può andare (ed effettivamente va) incontro a limiti e vincoli dalla varia natura ed intensità, specificamente fondati sul dovere di solidarietà, e perciò giustificati in nome dei diritti degli altri o – il che è praticamente lo stesso – dell'interesse della collettività".

¹⁹ Si veda S. RODOTÀ, *La solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

fine della prestazione del consenso vaccinale con la precisazione che, in queste situazioni, si dovrà dare documentalmente atto delle ricerche e delle verifiche effettuate per accertare lo stato di incapacità naturale dell'interessato (comma 2); (c) che i soggetti precedentemente individuati, sentito il coniuge, la persona parte di unione civile o stabilmente convivente o, in difetto, il parente più prossimo entro il terzo grado, qualora accertino che il trattamento vaccinale è idoneo ad assicurare la migliore tutela della salute della persona ricoverata esprimono, in forma scritta, ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4, della legge 22 dicembre 2017, n. 219, il consenso alla somministrazione del vaccino anti Covid-19 e dei successivi eventuali richiami dandone comunicazione al dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente (comma 3); (d) che il consenso, reso in conformità alla volontà dell'interessato espressa ai sensi degli articoli 3 e 4 della legge n. 219 del 2017 o, in difetto, in conformità a quella delle persone di cui al primo periodo dello stesso comma 3, è immediatamente e definitivamente efficace; (e) che, laddove il rappresentante legale della persona o chi ne ha titolo rifiutino di dare il loro consenso, il direttore sanitario o il responsabile medico della struttura in cui l'interessato è ricoverato, ovvero il direttore sanitario dell'ASL o il suo delegato, possono richiedere, con ricorso al giudice tutelare ai sensi dell'articolo 3, comma 5 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, di essere autorizzati ad effettuare la vaccinazione (comma 4); (f) che, laddove non sia possibile acquisire il consenso alla vaccinazione per difetto di disposizioni di volontà dell'interessato o per la mancanza di una rete familiare/parentale, il consenso al trattamento vaccinale unitamente agli altri documenti previsti dai commi 1, 2 e 3 del decreto-legge deve essere trasmesso al Giudice tutelare che, nel termine di 48 ore, lo convalida con decreto motivato ovvero ne denega la convalida (commi 5 e 6) trasmessi comunque, entro altre 48 ore, a mezzo di posta certificata alla struttura dove la persona è ricoverata (comma 7); (g) che trascorsi inutilmente questi termini, il consenso si considera valido e di definitiva efficacia (comma 9); (h) che, nel caso in cui il direttore sanitario della struttura o il responsabile medico o il direttore sanitario della ASL o il suo delegato ritengano di non sottoporre la persona alla vaccinazione contro il Covid-19, il coniuge, la persona parte dell'unione o stabilmente convivente e i parenti fino al terzo grado possono proporre ricorso al Giudice tutelare per fare in modo che la persona sia vaccinata (comma 10).

Con un vuoto iniziale contenuto in quell'originario decreto-legge, fortunatamente colmato dai provvedimenti successivi, essendo stati inizialmente esclusi (non considerati) gli incapaci naturali non ricoverati in RSA come, ad esempio, i disabili intellettivi che frequentano le strutture semi-residenziali e/o i Centri diurni. Ricordando che ad essi il legislatore dell'urgenza ha pensato nel decreto-legge approvato il 1° aprile 2021 recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti-SARS-Cov-2, di giustizia e di concorsi pubblici con la soppressione dell'esplicito richiamo alle persone ricoverate nelle strutture sanitarie assistenziali; così ampliando la platea degli incapaci naturali eleggibili nella procedura vaccinale, inizialmente circoscritta ai soli residenti nelle RSA o in analoghe strutture..

Concludendo, le norme in questione hanno così dato l'avvio, sia pur limitatamente alla vaccinazione contro il Covid-19, ad una particolarissima forma di tutela temporanea degli

incapaci naturali efficientando, di fatto, i processi finalizzati alla nomina del loro rappresentante legale con l'obiettivo di semplificare la prassi e detendere il carico di lavoro degli Uffici giudiziari rafforzando, parallelamente, la posizione di garanzia del medico ed il ruolo dei *proxy* spesso ignorati dall'ordinamento.

4. Le indicazioni fornite dalle Società scientifiche per il consenso vaccinale degli incapaci naturali

La complessità della trama delineata dalle scelte normative cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente è di tutta evidenza; ne poteva essere altrimenti vista la complessità delle questioni riguardanti la tutela delle persone incapaci purtroppo non affrontate e lasciate irrisolte dalla legge n. 219/2017 che ha impropriamente trasferito la capacità decisionale della persona nello stretto vicolo della capacità di intendere e di volere; demandando, parallelamente, al Giudice tutelare la soluzione dei conflitti che, nei luoghi della cura, originano spesso dal rifiuto opposto dai rappresentanti legali ai trattamenti medici proposti nell'interesse di salute della persona incapace che può anche sfociare nella pretesa dei *proxy* di cure sproporzionate se non addirittura inappropriate.

Le novità e la loro importanza pratica sono di tutta evidenza anche se le nostre Società scientifiche hanno scelto, nella loro applicazione pratica, strade diverse e su di esse si vuole qui riflettere per coglierne le particolarità, le diversità ed i punti di contatto discutendo la via applicativa delineata per prima, in ordine temporale, dall'Associazione italiana di Psicogeriatrics (AIP) e quella poi interpretativa suggerita dalla presa di posizione congiunta della Società italiana di Medicina Generale (SIMG), della Società italiana di Neurologia (SIN) e della SINDem che è un'associazione autonoma aderente alla SIN.

L'Associazione italiana di Psicogeriatrics ha affrontato la questione con due successive prese di posizione, approvando inizialmente 10 statement e poi un documento più corposo in cui si dettagliano le azioni da realizzare sul piano pratico per la vaccinazione contro il Covid-19 degli incapaci naturali. Alcuni statement sono indicazioni di principio che rafforzano precedenti prese di posizione pubblica di AIP: così il primo statement nel quale si evidenzia che, anche riguardo alla vaccinazione contro il Covid-19, la capacità decisionale della persona deve essere sostenuta, valorizzata e, ove necessario, rafforzata, conformemente a quanto previsto dall'art. 32 della Carta costituzionale, dalla legge n. 219 del 2017 (art. 1) e dal Codice di deontologia medica (artt. da 35 a 37); ed il quarto dove si ricorda che l'incapacità naturale della persona è una incapacità di fatto ancorché non ancora giudizialmente accertata, che riduce o limita la capacità decisionale e per il cui accertamento

clinico occorre esplorare, come già indicato da AIP in precedenti documenti²⁰, qualora l'*insight* della persona sia conservato, alcuni *dominii* cognitivi, primi tra tutti la capacità di esprimere una scelta, quella di comprendere le informazioni ricevute, la capacità di dare un giusto peso alla decisione e quella di utilizzare razionalmente le informazioni ricevute. Senza ricorrere ai test psicometrici usati nello *screening* delle demenze e senza affidare ad una soglia numerica il giudizio clinico avendo piena consapevolezza sul fatto che tra la capacità e l'incapacità naturale esistono molte situazioni intermedie che occorre valutare con grande prudenza ed estrema attenzione acquisendo, nei casi dubbi, il parere della rete familiare che ne ha titolo seguendo l'ordine gerarchico precedentemente indicato; e così il quinto statement nel quale si prevede che il rifiuto alla vaccinazione contro il Covid-19 espresso da una persona capace di assumere una decisione libera ed informata deve essere sempre rispettato rinforzando, tuttavia, in questi casi, la comunicazione che deve essere sempre considerata un tempo ed uno straordinario luogo di cura come precisato dalla legge n. 219 del 2017 (art. 1).

Altri statement di AIP confermano, con qualche precisazione, quanto indicato da questa norma: così il sesto statement dove si conferma che se la persona da vaccinare contro il Covid-19 è già stata sottoposta a misure di protezione giuridica, il consenso alla vaccinazione deve essere espresso, oltre che dalla persona stessa, dal tutore e dall'amministratore di sostegno come previsto dalla legge n. 219 del 2017 (art. 3); ed il settimo dove si precisa che se la persona da vaccinare è già stata inabilitata, il consenso vaccinale deve essere espresso dalla persona stessa e non dal curatore, come previsto dalla legge n. 219 del 2017 (art. 3) correggendo l'erronea indicazioni contenuta nel decreto-legge n. 1 del 2021.

Altri statement di AIP rafforzano la responsabilità del medico che ha in carico la persona nel promuovere la vaccinazione contro il Covid-19: così il secondo nel quale si prevede che, indipendentemente dall'organizzazione di ogni singola RSA e dai vincoli previsti dai contratti di lavoro, il medico che ha in cura la persona è tenuto a promuovere la vaccinazione contro il Covid-19 nell'ipotesi in cui la persona stessa rientri tra le categorie a rischio per come le stesse sono state indicate dalla Circolare del ministero della salute del 24 dicembre 2020, esercitando una forte azione di sensibilizzazione e di informazione perché l'adesione alla campagna vaccinale sia la più larga possibile, come auspicato a tutti i livelli nazionali ed internazionali e cooperando, in forma sussidiaria, con il direttore sanitario della RSA, con il responsabile medico della stessa o, in loro mancanza, con il direttore sanitario della ASL o suo delegato nell'informazione che deve essere data ad ogni persona (anche all'incapace) per la formazione della sua volontà decisionale; e così il terzo statement che affida ai soggetti indicati dal decreto-legge n. 1 del 2021, sempre coadiuvati dal medico che ha in cura la persona ospitata nelle RSA, tutte le verifiche e le

²⁰ F. CEMBRANI *et al.*, *La pianificazione condivisa della cura e l'autodeterminazione della persona anziana affetta da patologie psichiatriche*, in *Psicogeriatría*, 2019, n. 1 (suppl.).

azioni previste dal provvedimento stesso preliminari e propedeutiche all'acquisizione del consenso vaccinale con l'ulteriore precisazione che a questi attori istituzionali è affidato il ruolo di amministratore di sostegno della persona nell'ipotesi in cui la stessa non sia nelle condizioni di esprimere una valida dichiarazione di volontà. Dopo aver però condiviso la scelta vaccinale con la rete familiare della persona (in linea gerarchica il coniuge, la persona parte dell'unione civile o stabilmente convivente o, in difetto, il parente più prossimo entro il terzo grado ad iniziare naturalmente dai figli), dando documentalmente atto, in Cartella clinica, delle verifiche effettuate per accertare lo stato di incapacità naturale della persona e della dichiarazione di assenso espressa dai familiari che ne hanno titolo dandone comunicazione al Dipartimento di prevenzione competente per territorio.

Altri statement di AIP chiariscono poi altri particolari: così l'ottavo in cui si precisa che nel caso in cui i familiari della persona incapace che ne hanno titolo rifiutino la vaccinazione contro il Covid-19, il medico che ha in cura la stessa deve darne formale informazione al Giudice tutelare che dovrà decidere, nel termine di 48 ore, se confermare o revocare il ruolo di amministratore di sostegno affidato al direttore sanitario, o in alternativa, al responsabile medico della RSA o dell'analogha struttura in cui la persona stessa è ricoverata o, in loro difetto, dal direttore sanitario della ASL o da un suo delegato; e così il nono dove si sottolinea, infine, che il ruolo di amministratore di sostegno affidato al medico che ha in cura la persona vale solo per la pratica vaccinale contro il Covid-19 pur auspicando che, in sede di conversione del decreto-legge, si aprano altri scenari nell'ordinarietà della cura, come da es. quella della prescrizione *off-label* di principi farmacologici che richiedono l'acquisizione del consenso in forma scritta dell'interessato.

SINdem-SIMG e SIN hanno, invece, indicato una strada diversa concentrando, tuttavia, la loro attenzione sulle persone affette da demenza e lo hanno fatto con uno specifico documento composto da 6 *statement*.

Il primo conferma che l'espressione di un consenso valido della persona demente deve essere ottenuto secondo le procedure riportate nel Documento approvato nel 2020 dal Tavolo Nazionale per il monitoraggio ed implementazione del Piano Nazionale delle Demenze ('Raccomandazioni per la *governance* e la clinica nel settore delle demenze. Riflessioni su alcune implicazioni etiche') mentre nel secondo statement si ribadisce che la firma del rappresentante legale di una persona con demenza vale solo qualora formalmente nominato sulle questioni sanitarie. È, tuttavia, negli altri statement che compaiono le deviazioni più importanti rispetto alla presa di posizione di AIP ed in deroga a quanto previsto dalla regolamentazione specifica. Così nel terzo statement si precisa che, laddove la persona con demenza sia incapace di esprimere il consenso, il medico che ritiene esistere una situazione di urgenza indifferibile può procedere alla vaccinazione in base all'art. 1 comma 7 della l. 219/2017 con la successiva precisazione che, in questi casi, il modulo di consenso dovrà essere firmato, laddove possibile per presa visione, anche dal familiare della persona demente o dall'amministratore di sostegno senza poteri rappresentanza di cura; e così il quarto dove si prevede che, in caso di persone con demenza che non hanno un familiare vivente o rintracciabile, il medico agisce in base all'art. 1 comma 7 della legge 219/2017 indipendentemente dal consenso vaccinale. Il quinto statement, confermando

quanto previsto dalla legge n. 217/2017, suggerisce, infine, il ricorso al Giudice tutelare in caso di divergenze tra i familiari, tra i familiari e i medici, tra i familiari e l'amministratore di sostegno e tra i medici e quest'ultimo.

La difformità nell'applicazione della regolamentazione specifica relativa al consenso vaccinale contro il Covid-19 fatta propria dalle prese di posizione pubblica delle Società scientifiche italiane è di tutta evidenza e si faticano a capire le reali motivazioni delle divergenze di vedute ed il perché non si sia cercata una qualche mediazione anche per non alimentare quei dubbi sulla credibilità pubblica della scienza che la pandemia ha, purtroppo, contribuito ad alimentare.

Sinterizzando le cose, AIP ha tentato di dare una pratica attuazione a quanto stabilito dal decreto-legge n. 1/2021 e dalle sue successive integrazioni e modifiche, mentre SINDen, SIMG e SIN hanno preso un'altra strada facendo appello alla deroga prevista dall'art. 1 della legge n. 219/2017 nella parte in cui si prevede che, in situazioni di urgenza indifferibile, il medico può procedere nell'attività di diagnosi e cura indipendentemente dal consenso della persona. Con una scelta, a mio modesto modo di vedere, banalizzante i cui germi ispiratori sono da individuare in una presa di posizione pubblica della relatrice di quella legge²¹ che non convince²² perché non è certo la deroga definita dall'urgenza clinica ciò che può valorizzare quell'alleanza di cura tra il paziente ed il medico che fonda il consenso informato nel quale si devono comunque incontrare l'autonomia decisionale del primo con la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del professionista. Perché la logica dell'urgenza (e tanto meno quella dello stato di emergenza sanitaria decretato dal nostro Parlamento e che si sta purtroppo prolungando da troppo tempo) non può mettere al tappeto i valori e le libertà costituzionali: sarebbe un *knock out* drammatico con conseguenze pesantissime per la stessa tenuta sociale e che, alla fine di tutto, metterebbe al tappeto la dignità umana. Anche e soprattutto quella delle persone più fragili che meritano sempre grande attenzione ed il nostro massimo rispetto perché le disuguaglianze, amplificate dalla pandemia, sono una realtà in fortissima espansione ed una eredità con cui dovremmo, prima o dopo, fare i conti.

5. Conclusioni

Pur senza banalizzare le difficoltà pratiche ed i dilemmi che emergono in tutti gli ambienti di cura nell'ipotesi in cui la persona abbia perso la sua capacità di auto-determinarsi (di

²¹ Cfr. D. LENZI, *Troppo burocrazia per il consenso a vaccino Covid nelle RSA*, in www.quotidianosanità.it, 7 gennaio 2021 la quale ritiene che l'art. 5 del decreto-legge n. 1/2021 "sia un esempio di burocrazia lontana dalla realtà e priva dell'esperienza dell'emergenza" perché "bastava scrivere che in fase di pandemia, il medico curante, valutate le condizioni di salute del paziente, procede alla vaccinazione della persona incapace senza necessità di acquisire il consenso".

²² Mi si permetta di rinviare a F. CEMBRANI, *Vaccinazione per gli incapaci. Chi deve dare il consenso?*, in www.quotidianosanità.it, 11 gennaio 2021.

accettare/rifiutare la cura) e non sia stata ancora sottoposta a misure di protezione giuridica, delle norme che hanno disciplinato il consenso alla vaccinazione contro il Covid-19 si devono sottolineare, con rinnovato interesse, alcuni nuclei di straordinaria originalità e potenzialità future.

Il primo di essi si coglie nell'interesse finalmente riconosciuto all'incapacità naturale della persona, mai presa purtroppo in considerazione dalla legge n. 219/2017 con la quale l'autonomia morale (la *moral agency*) è stata maldestramente ingabbiata nella categoria giuridica della capacità di intendere e di volere dimenticando che molte persone, ancorché sottoposte a misure di protezione giuridica, sono spesso in grado di assumere una decisione autonoma; come peraltro conferma l'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità²³, completamente ratificata dal nostro Paese. Perché la capacità della persona di prendere una decisione mal si concilia con le arcaiche tassonomie giuridiche della capacità e dell'incapacità a fondamento dell'imputazione giuridica²⁴, restando la sua valutazione un atto di natura clinica che non deve abdicare alle logiche fuorvianti prodotte dall'utilizzo indiscriminato di strumenti psicometrici inadatti e non appropriati allo scopo. Ricordando che la questione della capacità e quella dell'incapacità non possono essere trattate come un punto bianco ed un punto nero perché tra questi due estremi esistono tutta una variegata serie di situazioni intermedie che occorre sempre valutare con grande attenzione, prudenza, senza pregiudizio e senza mai appellarsi al regime derogatorio prodotto dall'urgenza clinica e/o dallo stato di emergenza sanitaria. Che restano situazioni fattuali diverse che non possiamo né confondere né sovrapporre perché l'emergenza sanitaria decretata dal nostro Paese per ragioni di salute pubblica non può improvvisamente diventare una condizione pregiudiziale sull'altare della quale sacrificare i diritti e le libertà inviolabili garantite dalla nostra Costituzione repubblicana: farlo sarebbe un imperdonabile errore ed una palese forzatura delle regole democratiche.

²³ Art. 12 (*Uguale riconoscimento dinanzi alla legge*) 1. "Gli Stati Parti riaffermano che le persone con disabilità hanno il diritto al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica. 2. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita. 3. Gli Stati Parti adottano misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica. 4. Gli Stati Parti assicurano che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario. Queste garanzie devono essere proporzionate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone. 5. Sulla base di quanto disposto nel presente articolo, gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate ed efficaci per garantire l'uguale diritto delle persone con disabilità alla proprietà o ad ereditarla, al controllo dei propri affari finanziari e ad avere pari accesso a prestiti bancari, mutui e altre forme di credito finanziario, e assicurano che le persone con disabilità non vengano arbitrariamente private della loro proprietà".

²⁴ Su questa complessa questione rinvio a M. FOUCAULT, *Gli anormali. Corso al Collège de France* (1974-1975), Milano (2000) che ha studiato a fondo gli effetti del grottesco (o dell'ubuesco) nelle dinamiche del potere, anche di quello scientifico.

La seconda novità la ritrovo nel rafforzamento della posizione di garanzia comunque ricoperta dal medico e dai *proxy* della persona. Al primo, le norme qui riassunte affidano il ruolo temporaneo di amministratore di sostegno per finalizzare la pratica vaccinale contro il Covid-19; ai familiari della persona (il coniuge, la persona parte dell'unione civile o stabilmente convivente o, in loro difetto, il familiare più prossimo entro il terzo grado di parentela) viene, invece, riconosciuto il compito di coadiuvare il medico in tutte le azioni finalizzate a completare regolarmente il ciclo vaccinale, senza bisogno di interpellare gli Uffici dei Giudici tutelari se non nel caso, malaugurato, in cui emerga un conflitto di opinioni come peraltro previsto dalla legge n. 219 del 2017. Continuando a ritenere che questa scelta normativa sia stata un gravissimo errore perché le divergenze che si registrano nei luoghi della cura dovrebbero essere sempre affrontate e composte in quest'ambito, anche avvalendosi – se necessario – di una *second opinion* come suggerito a livello sovranazionale e/o con altri strumenti che possono essere messi in atto per comporre le antinomie. Lasciando all'amministrazione della giustizia il compito di perseguire gli illeciti più rilevanti senza sovraccaricare gli Uffici con richieste che ne appesantiscono il regolare funzionamento. Ed attivandoli, quando realmente necessario, nelle residuali ipotesi in cui chi esercita la tutela giuridica dell'incapace e/o chi è un *proxy* titolato si oppongano ai trattamenti medici doverosi, necessari e naturalmente appropriati.

Anche per questo, sorprende che le Società scientifiche italiane abbiano suggerito strade alternative nell'applicazione di queste norme sul consenso vaccinale, purtroppo, senza quel confronto che era auspicabile realizzare, pur comprendendo che esse dettano regole complesse oltre ad un precisissimo *timing* che richiedono una buona organizzazione interna dei servizi sanitari a ciò dedicati. Smarcandosi dalla suggestione, espressa da qualche interprete²⁵, di una mancata aderenza tra il trattamento vaccinale ed il “qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso” (art. 1, comma 5, della legge n. 219/2017). Quasi che la pratica vaccinale dovesse essere fatta rientrare in un contesto diverso da quello della cura e/o dell'atto medico e/o ancora del trattamento sanitario evidenziando che la dottrina costituzionalistica ha da tempo ammesso che rientra nel trattamento sanitario ogni intervento pianificato e realizzato con l'obiettivo di prevenire l'insorgenza di malattie²⁶: anche perché, se così non fosse, sarebbe del tutto aleatorio interrogarsi sulla reale ed effettiva portata dell'obbligo vaccinale posizionandolo sotto la lente di ingrandimento prevista dall'art. 32, secondo comma, Cost.

E poiché la vaccinazione contro il Covid-19 è, a tutti gli effetti, un trattamento sanitario riservato alla competenza ed alla responsabilità del medico (il quale può essere naturalmente coadiuvato da altri professionisti della salute nella fase strettamente inoculativa ma

²⁵ Cfr. L. FUMAGALLI, *Le vaccinazioni antiSars-CoV-2 delle persone incapaci ricoverate presso strutture sanitarie assistite. Prima lettura dell'art. 5 d.l. n. 1/2021*, in www.questionegiustizia.it (ultimo accesso 24 novembre 2021).

²⁶ Si veda, al riguardo, A.A. NEGRONI, *Sul concetto di trattamento sanitario obbligatorio*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, pp. 14 ss.

non nelle verifiche *quo ante* e dell'eventuale intervento *ex post*) non è legittimo dubitare dell'aderenza sostanziale tra il trattamento vaccinale e quanto più in generale indicato dalla legge n. 219/2017. Con la conseguenza che anche alla pratica vaccinale contro il nuovo Coronavirus umano vanno applicate le regole generali stabilite da questa norma e quelle più specifiche introdotte dal legislatore dell'urgenza a partire dal decreto-legge n. 1/2021. La cui violazione potrebbe rilevare ai fini della colpa giuridica anche se ciò che resta di straordinario rilievo sono i nuovi *focus* introdotti da queste recentissime norme che hanno finalmente saputo guardare all'ampio esercito degli invisibili (gli incapaci naturali) che non ha mai attratto l'attenzione del legislatore dell'urgenza rinnovando la fiducia nelle strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale e nei professionisti che in esse operano intensificandone la posizione di garanzia e colorando, di nuovi contenuti, la responsabilità (anche e soprattutto umana) affidato ai *proxy*.