

Le misure adottate in Svizzera per fare fronte all'emergenza pandemica al crocevia della scienza. Una riflessione a partire dall'obbligo di test anti-Covid-19 in Ticino

Micol Ferrario*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'emergenza pandemica in Svizzera: sulla suddivisione delle competenze tra Confederazione e Cantoni. – 3. I poteri di controllo del Tribunale federale in generale e rispetto al diritto d'urgenza. – 3.1. Il controllo degli atti federali: in generale. – 3.2. Il controllo degli atti cantionali: in generale. – 3.3. Il controllo del diritto d'urgenza. – 4. La DTF 149 I 105: l'introduzione nel Canton Ticino dell'obbligo di test anti-Covid-19 per il personale sanitario. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Sin dalla sua creazione, il sistema giuridico svizzero è stato fondato su quattro pilastri (*Strukturprinzipien*): la democrazia diretta; lo stato di diritto; lo stato sociale; e il federalismo¹. A partire dalla fine di febbraio 2020, questi principi strutturali hanno iniziato ad essere messi fortemente in discussione poiché, per arginare la diffusione della pandemia,

* Assegnista di ricerca in diritto pubblico comparato presso il centro di ricerca Baffi dell'Università Bocconi di Milano, micol.ferrario@unibocconi.it. Si ringrazia il finanziamento del MIUR - PRIN Bando 2020 - prot. 2020M47T9C "Decision-Making in the Age of Emergencies: New Paradigms in Recognition and Protection of Rights".

i poteri sono stati progressivamente accentrati nelle mani del Consiglio federale che, nell'approntare una risposta quanto più immediata a questa emergenza, ha nel tempo adottato una serie di ordinanze. Alla prima, risalente al 28 febbraio 2020² (che imponeva principalmente il divieto di svolgere manifestazioni con più di 1000 persone), ne è seguita una seconda il 13 marzo 2020³ (avente una portata più estesa), e poi una serie di ordinanze con obiettivi più puntuali. Questa *escalation* ha determinato un lungo “silenziamento” dell'Assemblea federale⁴, da un lato, e relegato i Cantoni a mere agenzie preposte all'attuazione delle decisioni del governo centrale⁵, dall'altro. Tuttavia, dopo una prima fase più critica, il rallentamento della pandemia a partire da giugno 2020 ha determinato un progressivo riassetto dei poteri, tanto sull'asse orizzontale (con l'Assemblea federale), quanto su quello verticale (con i Cantoni). Con specifico riferimento a quest'ultimo, è in particolare a partire da ottobre 2020 che i Cantoni hanno ricominciato ad esercitare le proprie competenze e ad adottare autonomamente alcune misure finalizzate a rallentare la diffusione del coronavirus a livello locale⁶. Tra le altre, nel Canton Ticino – uno tra i più colpiti dal coronavirus – a settembre 2021 il Consiglio di Stato ha adottato la risoluzione “Obbligo di test per il personale sanitario e sociosanitario non vaccinato e di certificato Covid per i visitatori delle strutture sociosanitarie”⁷. Con questa misura, l'esecutivo cantonale ha imposto al personale sanitario a contatto stretto con pazienti vulnerabili l'obbligo di esibire il certificato Covid o, in assenza (per i non vaccinati), quello di partecipare ad un programma di test mirati e ripetuti, in modo da disporre di un test con esito negativo non più vecchio di quattro giorni. Contro questa risoluzione e, in particolare, rispetto alla parte in cui prevedeva l'obbligo di test, l'11 ottobre 2021 è stato interposto ricorso innanzi al Tribunale amministrativo del Canton Ticino che, dopo averlo dichiarato irricevibile, lo ha trasmesso al Tribunale federale per competenza. Quest'ultimo si è pronunciato circa la legittimità dell'obbligo di test il 12 dicembre 2022 con la DTF 149 I 105. Il presente contri-

¹ Messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1, p. 8: “Il carattere di Stato di diritto, di Stato federativo e di Stato sociale, nonché la forma tipica della partecipazione democratica sono inerenti alla Costituzione federale, in quanto decisioni fondamentali che ne definiscono la struttura”.

² Ordinanza del 28 febbraio 2020 sui provvedimenti per combattere il coronavirus (COVID 19), RS 818.101.24.

³ Ordinanza 2 del 13 marzo 2020 sui provvedimenti per combattere il coronavirus (COVID 19) (Ordinanza 2 COVID 19), RS 818.101.24.

⁴ Sul ruolo dell'Assemblea federale durante la pandemia da coronavirus si vedano: O. AMMANN, F. UHLMANN, *Switzerland: The (Missing) Role of Parliament in Times of Crisis*, in M.C. KETTEMANN, K. LACHMAYER (a cura di), *Pandemocracy in Europe: Power, Parliaments and People in Times of COVID-19*, Oxford, 2022, pp. 179 ss.; A. CARONI, S.G. SCHMID, *Notstand im Bundeshaus. Die Rolle der Bundesversammlung in der (Corona-)Krise*, in *Aktuelle juristische Praxis*, 2020, n. 6, pp. 710 ss.

⁵ E.M. BELSER, *Managing the Coronavirus Pandemic in Switzerland. How Federalism Went into Emergency Mode and Struggle to Get Out of It*, in N. STEYTLER (a cura di), *Comparative Federalism and COVID-19. Combating the Pandemic*, New York, 2022, p. 131.

⁶ *Ivi*, p. 134.

⁷ Risoluzione del Consiglio di Stato del Canton Ticino del 8 settembre 2021 “Obbligo di test per il personale sanitario e sociosanitario non vaccinato e di certificato COVID per i visitatori delle strutture sociosanitarie”, FU n. 161 del 9 settembre 2021.

buto, che prende le mosse da questa sentenza, si propone di offrire una panoramica circa la gestione della pandemia in Svizzera. A tal fine, verrà inizialmente delineata la disciplina giuridica dell'emergenza in Svizzera (§ 2.) e poi sviluppata un'analisi circa i poteri di controllo riservati al Tribunale federale rispetto agli atti adottati tanto a livello federale (§ 3.1.), quanto a livello cantonale (§ 3.2) per farvi fronte. Successivamente, ci si soffermerà sulla DTF 149 I 105, analizzandola in fatto e in diritto (§ 4.). Infine, fornendo anche degli spunti comparati, seguiranno alcune brevi conclusioni sulla portata delle misure adottate in Svizzera in generale e il ruolo ricoperto dalla scienza in questo contesto (§ 5.).

2. L'emergenza pandemica in Svizzera: sulla suddivisione delle competenze tra Confederazione e Cantoni

La Svizzera è uno Stato federale caratterizzato dall'esistenza di tre⁸ livelli istituzionali fortemente autonomi: i Comuni; i Cantoni; e la Confederazione. Per quanto attiene nello specifico alla ripartizione delle competenze, l'art. 3 della Costituzione federale⁹ (d'ora innanzi, Cost. fed.) contiene una clausola di competenza generale in favore dei Cantoni in forza della quale, ad eccezione delle competenze che la Costituzione attribuisce espressamente alla Confederazione e a quelle cd implicite¹⁰, tutte le altre sono di pertinenza cantonale¹¹. Quando una competenza viene attribuita alla Confederazione vale il principio del primato del diritto federale (art. 49, cpv. 1 Cost. fed.)¹², in forza del quale, in caso di conflitto tra una norma federale e una cantonale, la prima prevale sulla seconda.

In principio, la salute è di competenza cantonale. Tuttavia, la Costituzione attribuisce alla Confederazione la facoltà di legiferare in alcuni specifici settori, tra cui quello delle «malattie trasmissibili, fortemente diffuse o maligne dell'uomo e degli animali» (art. 118, cpv. 2, lett. b., Cost. fed.). Con lo scopo di ottimizzare la ripartizione delle competenze in materia di salute tra Confederazione e Cantoni, nel 2012 è stata revisionata la Legge federale sulla

⁸ Una parte della dottrina descrive la Svizzera come uno Stato federale a due livelli, un'altra come uno Stato federale a tre livelli: N. ZIMMERMANN, *Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'État fédéral suisse*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n. 2, 2023, p. 4.

⁹ «I Cantoni sono sovrani per quanto la loro sovranità non sia limitata dalla Costituzione federale ed esercitano tutti i diritti non delegati alla Confederazione».

¹⁰ Art. 42, cpv. 1 cost. fed. E sempre che venga adottata una Legge federale a tal fine e la Confederazione eserciti effettivamente questa competenza. Invero, fintanto che la competenza attribuita alla Confederazione non venga da essa esercitata, il potere di intervenire in quel settore resta in capo ai Cantoni. Sul concetto di competenze implicite si vedano altresì J.F. AUBERT e P. MAHON, *Art. 42, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, 2003.

¹¹ Si distingue in tal senso tra competenze di attribuzione e competenze originarie: V. MARTENET, *Art. 3*, in ID. e J. DUBEY (a cura di), *Commentaire Romande Constitution fédérale*, Basilea, 2021, §§16 e 21.

¹² «Il diritto federale prevale su quello cantonale contrario».

lotta contro le malattie trasmissibili dell'essere umano (d'ora innanzi, LEp)¹³. Questa Legge ha introdotto un modello a tre livelli in cui, in base al livello di pericolo di fatto, cambia la ripartizione delle competenze tra Cantoni e Confederazione. Il primo livello è quello della situazione “normale”, in cui la competenza ad adottare le misure previste dalla legge resta in capo ai Cantoni (artt. 31, cpv. 1 e 40, cpv. 1 LEp). Il secondo è invece quello della situazione “particolare” (art. 6 LEp), in cui la competenza ad ordinare le misure previste dalla legge spetta alla Confederazione e, segnatamente, al Consiglio federale, salva la previa consultazione dei Cantoni. Il terzo ed ultimo livello è quello rappresentato dalla situazione “straordinaria” (art. 7 LEp), ove al Consiglio federale viene riconosciuto il potere di adottare tutte le misure necessarie per il Paese o una parte di esso senza la necessità di consultare preventivamente i Cantoni.

La situazione “normale” era quella in vigore il 25 febbraio 2020, quando il primo caso di coronavirus è stato registrato nel Canton Ticino. Già a partire dal 28 febbraio, con la prima Ordinanza Covid-19¹⁴, la situazione in Svizzera era stata dichiarata “particolare”. Poi, a fronte della recrudescenza della pandemia, a partire dal 16 marzo 2020 (attraverso una modifica dell'Ordinanza 2 Covid-19)¹⁵ e fino al 22 giugno 2020, la situazione è stata invece qualificata come “straordinaria”. Con decorrenza dal 22 giugno 2020, il Consiglio federale ha decretato un ritorno alla situazione “particolare”.

All'aumentare della gravità della situazione, i poteri hanno pertanto iniziato ad accentrarsi sempre di più nelle mani delle Consiglio federale che, per mezzo di una serie di ordinanze, non ha soltanto esercitato quel potere legislativo che normalmente appartiene all'Assemblea federale¹⁶, ma anche tutte quelle competenze che, in tempi ordinari, sarebbero state di pertinenza cantonale¹⁷. In particolare nella situazione “straordinaria”, ai Cantoni restavano soltanto delle competenze residuali, ossia potevano legittimamente legiferare solo in quei settori che non erano già stati disciplinati dal Consiglio federale¹⁸. Invero, questo è stato confermato proprio dall'art. 1a dell'Ordinanza 2 Covid-19, in forza del quale «[p]er quanto la presente ordinanza non disponga altrimenti, i Cantoni mantengono le loro competenze». Così, ad esempio, già il 16 marzo 2020 il Canton Vallese aveva decretato la chiusura degli hotels a partire dal giorno successivo o, ancora, il 20 marzo 2020 il Canton Ticino aveva disposto la chiusura dei cantieri. Tuttavia, come rileva puntualmente la dot-

¹³ Legge federale del 28 settembre 2012 sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell'essere umano (Legge sulle epidemie, LEp), RS 818.101.

¹⁴ *Supra*, n. 2.

¹⁵ *Supra*, n. 3.

¹⁶ F. BERNARD, *Les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral dans la lutte contre les épidémies*, in *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 2021, vol. 122, n. 3, p. 132.

¹⁷ MARTENET, V. *Il Covid-19 e il federalismo svizzero*, in P. BERTOLI, F. DE ROSSA, G. GRASSO (a cura di), *Federalismo, regionalismo, pandemia. Una comparazione tra Svizzera e Italia*, Napoli, 2022, p. 11.

¹⁸ E.M. BELSER, A. STÖCKLI, B. WALDMANN, *Der schweizerische Föderalismus funktioniert auch im Krisenmodus*, in *IFF Newsletter*, n. 2, 2020, p. 3.

trina¹⁹, laddove il Consiglio federale era intervenuto, non era chiaro se il suo intervento fosse minimale o esaustivo e, pertanto, se i Cantoni potessero o meno adottare delle misure complementari. Inoltre, laddove il Consiglio federale non aveva invece legiferato, era incerto se il suo mancato intervento fosse da intendere come un'attuazione del principio di sussidiarietà (e, quindi, una cessione della competenza ai Cantoni) o come un "silenzio qualificato" (ossia la deliberata scelta di non intervenire)²⁰. Con il ritorno alla situazione "particolare" nel giugno 2020 (e il conseguente arretramento del Consiglio federale), i Cantoni – che avevano precedentemente richiesto di essere maggiormente coinvolti – hanno inizialmente mostrato una certa reticenza ad adottare delle misure di contrasto al coronavirus²¹. Invece, a partire da ottobre 2020 – in concomitanza all'inizio della seconda ondata – i Cantoni hanno incominciato ad essere più proattivi e ad intervenire con delle misure di contenimento *ad hoc*.

3. I poteri di controllo del Tribunale federale in generale e rispetto al diritto d'urgenza

Ad oggi, è ormai risaputo che, seppur le misure adottate dal Consiglio federale e dai Cantoni hanno da un lato frenato la diffusione del coronavirus, hanno inequivocabilmente determinato dall'altro un'importante e duratura restrizione di plurimi diritti e libertà fondamentali. Invero, la necessità di tutelare il diritto alla salute ha comportato la limitazione di altri diritti e libertà come la libertà personale (art. 10 Cost. fed.), la libertà riunione e di associazione (art. 23 Cost. fed.) o, ancora, la libertà economica (art. 27 Cost. fed.). In questo contesto, centrale è stato il ruolo delle Corti che, a più riprese, sono state chiamate a pronunciarsi circa la legittimità delle suddette misure in quanto guardiane dei diritti fondamentali. Per ciò che è di interesse qui, ci focalizzeremo unicamente sul Tribunale federale e, segnatamente, sui poteri di controllo riconosciutigli. A titolo di premessa, è utile considerare che il suo potere varia molto a seconda che oggetto di controllo siano degli atti federali o degli atti cantonali²².

¹⁹ V. MARTENET, *supra* n. 17, pp. 12–13.

²⁰ C. MAVROT, S. SAGER, *Blame-avoidance and fragmented crisis management during the COVID-19 pandemic in Switzerland*, *European Policy Analysis*, vol. 10, n. 1, 2024, p. 73. Per eliminare questa incertezza, in dottrina è stato proposto che, in un'eventuale futura situazione "straordinaria", tutti i poteri vengano esaustivamente esercitati dal Consiglio federale: F. BERNARD, *La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie*, in *Revue de droit suisse*, n. speciale, 2020, p. 65.

²¹ E.M. BELSER, *supra* n. 5, p. 134.

²² M. HOTTELIER, *La justice constitutionnelle en suisse*, in *Fédéralisme, Régionalisme*, vol. 17, 2017, p. 6.

3.1. Il controllo degli atti federali: in generale

Secondo il combinato disposto degli artt. 189, cpv. 4, Cost. fed. e 82, lett. b), Legge sul Tribunale federale (d'ora innanzi, LTF)²³ gli atti federali non possono essere impugnati direttamente presso il Tribunale federale²⁴. Questo implica che la compatibilità con la Costituzione degli atti adottati dall'Assemblea federale o dal Consiglio federale non può essere verificata a prescindere da un caso concreto. Frutto di una decisione politica del Legislatore federale del 1874²⁵, l'esclusione dal controllo astratto dei suddetti atti si fonda sull'idea che, per la loro natura eminentemente politica e in virtù della separazione dei poteri, questi non debbano essere assoggettati ad un controllo giudiziale²⁶. Di conseguenza, il Tribunale federale può esperire nei confronti degli atti federali solamente un controllo concreto, ossia può esclusivamente accertare se l'applicazione di un atto dell'Assemblea federale o del Consiglio federale in un dato caso sia avvenuto nel rispetto del diritto superiore²⁷. Questo controllo può essere esperito in ogni procedura e da ogni autorità e, in ultima istanza, da parte del Tribunale federale. Tuttavia, esso è fortemente limitato dall'art. 190 Cost. fed.²⁸, il quale sancisce che «[l]e leggi federali (e il diritto internazionale) sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto». Concretamente, questo comporta che se, da un lato, il Tribunale federale può verificare, in occasione di un ricorso concreto, se la legge federale che sta applicando sia o meno compatibile con la Costituzione, dall'altro non può però rifiutarsi di applicarla se la contravviene (si parla in questo senso di *Anwendungsgebot aber kein Prüfungsverbot*). Questo articolo introduce quindi una clausola di immunità delle leggi federali che, tra l'altro, ha una portata particolarmente ampia: invero, oltre ad applicarsi alle leggi federali in senso formale e alle leggi di urgenza, questa clausola copre anche a tutti quegli atti

²³ Legge federale del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF), RS 173.110.

²⁴ M. HOTTELIER, *La juridiction constitutionnelle fédérale*, in O. DIGGELMANN, M. HERTIG RANDALL, B. SCHINDLER (a cura di), *Droit constitutionnel suisse - Vol. II*, Zurigo, 2020, p. 1105.

²⁵ P. MAHON, S. GEROTTO, R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Il sistema costituzionale svizzero*, Milano, 2020, p. 251.

²⁶ Ciò che è stato molto criticato in dottrina, fino al punto di ipotizzare la necessità di una sua abrogazione: F. CHAIX, Art. 189, in V. MARTENET, J. DUBEY (a cura di), *supra* n. 11, § 34.

²⁷ M. HOTTELIER, *supra* n. 22, p. 7.

²⁸ L'interpretazione (e quindi la portata) di questo articolo è evoluta di molto nel tempo. Invero, inizialmente, l'art. 190 Cost. fed. veniva interpretato nel senso di un divieto di effettuare qualsivoglia esame di conformità alla Costituzione di una legge federale (*cf.* DTF 91 I 17: «L'art. 113 al. 3 Cst. oblige le Tribunal fédéral à appliquer un arrêtè [...] sans avoir à examiner s'il déroge à la Constitution»). Poi, a partire dalla fine degli anni '60 (DTF 95 I 330), il Tribunale federale ha sancito il principio di interpretazione conforme alla Costituzione in forza del quale, se la legge federale oggetto di applicazione si prestava a più interpretazioni, doveva essere favorita quella più compatibile con il dettame costituzionale. Nel 1991 il Tribunale federale compie un passo ulteriore, con cui la portata dell'art. 190 Cost. fed. viene profondamente revisionata. Nel rispetto di quanto suggerito dalla dottrina, il Tribunale federale stabilisce che, se da un lato è vero che l'art. 190 Cost. fed. lo obbliga ad applicare le leggi federali, dall'altro, però, non gli impedisce di esaminare la loro conformità alla Costituzione. Secondo una famosa formulazione tedesca, ad oggi si ritiene quindi che l'art. 190 Cost. fed. consacra quindi un "*Anwendungsgebot aber kein Prüfungsverbot*", ossia i giudici possono constatare che una legge federale viola la Costituzione, ma non possono per questo motivo annullarla o rifiutarsi di applicarla (DTF 144 I 126). Una spiegazione approfondita di questa evoluzione è offerta da G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, M. HERTIG RANDALL, A. FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse - Volume I: L'Etat*, Berna, 2021, pp. 721 ss.

di rango infra-legislativo che dipendono da esse, ossia quelli che ne riproducono o ne eseguono il contenuto²⁹. Si parla a tal proposito di “immunità indiretta” che interessa, ad esempio, le ordinanze dipendenti del Consiglio federali o il diritto cantonale adottato in applicazione di una legge federale³⁰.

3.2. Il controllo degli atti cantonali: in generale

Come anticipato prima, a differenza di quelli federali, gli atti cantonali³¹ possono essere assoggettati ad un controllo più esteso. Invero, innanzitutto, gli atti cantonali possono essere oggetto di un controllo astratto, ossia possono essere impugnati per violazione della Costituzione a prescindere da una specifica controversia³². Questo controllo è accentrato nelle mani del Tribunale federale, che decide come sola ed unica istanza. In forza dell'art. 82, LTF in questo caso soltanto il ricorso in diritto pubblico è ammissibile e deve essere esperito entro 30 giorni dalla pubblicazione dell'atto cantonale in questione. Tuttavia, nei Cantoni che abbiano istituito un tribunale costituzionale cantonale, i ricorsi astratti devono essere innanzitutto promossi di fronte ad essi e, soltanto successivamente, se respinti, innanzi al Tribunale federale³³. Il controllo concreto degli atti cantonali è invece diffuso, ossia ogni autorità giudiziaria deve effettuarlo in occasione della loro applicazione³⁴. Poiché il diritto cantonale viene innanzitutto applicato dai Cantoni, sono le autorità giudiziarie cantonali a verificare per prime se la sua applicazione sia avvenuta o meno in conformità alla Costituzione. Contro le decisioni cantonali di ultima istanza che violano la Costituzione federale può essere esperito un ricorso innanzi al Tribunale federale, attraverso una procedura ordinaria o per mezzo del ricorso in materia civile, il ricorso in materia penale o, più comunemente, il ricorso in materia di diritto pubblico³⁵. Se vengono soddisfatte le condizioni stabilite dagli artt. 113-116 LTF, oltre a questi ricorsi, può essere anche esperito il ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 LTF).

3.3. Il controllo del diritto d'urgenza

Come già anticipato, per fare fronte all'emergenza pandemica, il Consiglio federale ha adottato una serie di ordinanze. Dapprima, queste erano state fondate sull'art. 7 LEp e,

²⁹ F. DE ROSSA GISIMUNDO, *Il ruolo delle Corti costituzionali nella governance multilivello Svizzera: Il Tribunale federale*, in *EPRS | Servizio Ricerca del Parlamento europeo*, 2016, pp. 18 ss.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Per tali intendendosi tutti gli atti cantonali ad accezione delle costituzioni cantonali, il cui controllo è effettuato da parte dell'Assemblea federale per il tramite del meccanismo della garanzia *ex art. 51, cpv. 2, Cost. fed.* (“Le costituzioni cantonali devono ottenere la garanzia federale. La Confederazione conferisce tale garanzia se la costituzione cantonale non contraddice al diritto federale”).

³² P. MAHON, S. GEROTTO e R. SÁNCHEZ FERRIZ, *supra* n. 25, p. 253.

³³ *Ivi*, p. 254.

³⁴ *Ivi*, p. 253.

³⁵ *Ivi*, p. 254.

poi, direttamente sull'art. 185, cpv. 3, Cost. fed.³⁶, che conferisce al Consiglio federale il potere di emanare delle ordinanze «per far fronte a gravi turbamenti, esistenti o imminenti, dell'ordine pubblico o della sicurezza interna o esterna». Conosciute anche come ordinanze di polizia o di urgenza (*Notverordnungen*), queste sono state tradizionalmente adottate dall'esecutivo per fare fronte a situazioni di pericolo straordinarie³⁷, che necessitavano una risposta immediata. Tra le altre, un esempio è stata l'ordinanza³⁸ con cui nel 2001 è stato vietato il gruppo «Al-Qaïda» o, ancora, quella³⁹ con cui nel 2008 il Consiglio federale ha implementato un programma per sostenere il sistema finanziario svizzero e salvare la banca privata UBS. Essendo una manifestazione diretta del potere del Consiglio federale, le ordinanze *ex art. 185, cpv. 3, Cost. fed.* non possono essere direttamente impugnate presso il Tribunale federale, ossia non possono costituire oggetto di un controllo astratto. Questo, d'altra parte, è stato confermato nell'ambito della pandemia dal Tribunale federale stesso che, nella sentenza 2C_280/2020⁴⁰ ha dichiarato manifestamente inammissibile il ricorso diretto presentato da una cittadina contro l'Ordinanza 2 Covid-19, argomentando che soltanto una decisione concreta rivolta ad essa avrebbe potuto eventualmente essere impugnata. Dello stesso avviso è stato anche il Tribunale amministrativo federale che, con la sentenza C-1624/2020⁴¹, ha dichiarato inammissibile il ricorso astratto depositato da un'associazione contro la medesima ordinanza reiterando, appunto, che soltanto quegli atti che la applicano concretamente possono essere eventualmente impugnati. Di conseguenza, le ordinanze *ex art. 185, cpv. 3, Cost. fed.* possono essere contestate soltanto attraverso dei ricorsi concreti. Tuttavia, poiché introducono nell'ordinamento svizzero delle norme primarie in sostituzione alla legislazione, le ordinanze *ex art. 185, cpv. 3, Cost. fed.* sono da classificare come ordinanze indipendenti di sostituzione⁴² che, per ciò stesso, non godono dell'immunità indiretta dell'art. 190 Cost. fed. di cui sopra. Pertanto, in caso d'incompatibilità con la Costituzione, il giudice le può in principio dichiarare incostituzionali ed anche disapplicarle. Nell'ambito della pandemia, un esempio illustrativo in tal senso è stata la DTF 147 I 333 relativa alla vecchia Ordinanza Covid-19 cultura⁴³. Questa ordinanza – il cui scopo era quello di attenuare l'impatto economico della pandemia – escludeva, per mezzo del suo art. 11, cpv. 3, che le decisioni assunte dalla Confederazione in suo adempimento

³⁶ F. BERNARD, *supra*, n. 16, p. 134.

³⁷ T. TANQUEREL, *Note relative aux mesures prises dans le domaine de l'asile en raison du coronavirus*, in *Jusletter*, 2021, p. 3.

³⁸ Ordinanza del 7 novembre 2001 che vieta il gruppo 'Al-Qaïda' e le organizzazioni associate, RU 2001 3040.

³⁹ Ordinanza del 15 ottobre 2008 sulla ricapitalizzazione di UBS SA, RU 2008 4741.

⁴⁰ Sentenza TF 2C/280_2020 del 15 aprile 2020.

⁴¹ Sentenza TAF C-1624/2020 del 25 marzo 2020, che è stata ulteriormente corroborata dalla Sentenza TAF C-1828/2020 del 4 maggio 2020.

⁴² G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, M. HERTIG RANDALL, A. FLÜCKIGER, *supra*, n. 28, § 1650.

⁴³ Ordinanza del 20 marzo 2020 per attenuare l'impatto economico del coronavirus (COVID-19) nel settore della cultura (Ordinanza COVID cultura), RS 442.15.

fossero impugnabili. Appellandosi a questa Ordinanza, la A.SA (una società vaudese attiva nell'ambito degli spettacoli pirotecnici) aveva inoltrato al Servizio cantonale vaudese una richiesta di indennizzo. Contestualmente al suo respingimento, il suddetto Servizio aveva dichiarato la sua decisione non impugnabile in forza dell'art. 11 cpv. 3. Contro questa decisione, tuttavia, la A.SA aveva presentato ricorso innanzi al Tribunale federale che, con la DTF 147 I 333, ha chiarito che l'art. 11 cpv. 3 della vecchia Ordinanza Covid-19 cultura era contrario all'art. 29a Cost. fed.⁴⁴, nella misura in cui violava il diritto alla garanzia della via giudiziaria. Essendo questa ordinanza un'ordinanza indipendente, il Tribunale federale ha potuto dichiararla incostituzionale e, di conseguenza, disapplicarla.

Posto che la legittimità degli atti cantonali può essere in principio contestata sia astrattamente, sia concretamente, i ricorsi proposti contro le misure adottate dai Cantoni per fare fronte all'emergenza pandemica sono stati più frequenti. Tuttavia, innanzi al Tribunale federale sono stati principalmente presentati dei ricorsi astratti. Tra gli altri, ad esempio, con la DTF 149 I 191 il Tribunale federale ha accolto il ricorso contro un'ordinanza friburghese⁴⁵ che prevedeva che soltanto le persone in possesso di un certificato Covid-19 potessero partecipare in presenza alle lezioni nelle scuole universitarie. Invero, secondo i giudici del Tribunale federale in mancanza di un meccanismo che garantisse agli studenti con limitate possibilità economiche di potere effettuare dei test anti-Covid 19 gratuiti, la misura friburghese era da ritenersi non proporzionata. Egualmente rilevante è la DTF 148 I 89, con cui il Tribunale federale ha respinto il ricorso presentato contro un'ordinanza del Canton Berna⁴⁶ concernente l'obbligo per i bambini dalla quinta elementare in su di indossare la mascherina facciale. Un altro esempio interessante è rappresentato dalla DTF 148 I 19, con cui il Tribunale federale ha ritenuto che il limite di 300 partecipanti a manifestazioni politiche o sociali posto dal regolamento Covid-19 del Canton Uri⁴⁷ fosse legittimo. Infine, altrettanto pertinente è anche la DTF 147 I 393, con cui il Tribunale federale ha dichiarato legittima l'ordinanza friburghese⁴⁸ con cui veniva imposto l'obbligo di indossare la mascherina facciale nei supermercati e nei negozi.

Da un punto di vista quantitativo, non sono stati molti i ricorsi presentati innanzi al Tribunale federale contro le misure adottate per combattere il Covid-19⁴⁹. Questo può essere dipeso sia dal fatto che, a livello federale, non esista un meccanismo di controllo astratto

⁴⁴ “Nelle controversie giuridiche ognuno ha diritto al giudizio da parte di un'autorità giudiziaria. In casi eccezionali, la Confederazione e i Cantoni possono escludere per legge la via giudiziaria”.

⁴⁵ Ordonnance sur la restriction d'accès aux hautes écoles aux personnes disposant d'un certificat COVID-19 (14 settembre 2021), RSF 821.40.33.

⁴⁶ Verordnung über Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19 V) (4 novembre 2020), BSG 815.123.

⁴⁷ Reglement zur Bekämpfung der Verbreitung des Coronavirus (Kantonales Covid19-Reglement) (26 marzo 2021), 30.2217.

⁴⁸ Ordonnance relative aux mesures cantonales pour freiner la propagation du coronavirus (10 novembre 2020), RSF 821.40.73.

⁴⁹ A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, *Post-Pandemic Constitutionalism: COVID-19 as a Game-Changer for “Common Principles”?*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 44, n. 4, 2023, p. 882 ss.

degli atti federali⁵⁰, sia dal fatto che, a livello cantonale, le misure ivi adottate siano state spesso impugnate innanzi alle Corti cantonali per il tramite di ricorsi concreti. Da un punto di vista qualitativo, invece, nella maggior parte dei casi sottoposti alla sua attenzione, il Tribunale federale ha confermato⁵¹ le decisioni assunte sia dal legislatore federale, sia da quello cantonale, mostrando un certo riserbo.

4. La DTF 149 I 105: l'introduzione nel Canton Ticino dell'obbligo di test anti-Covid-19 per il personale sanitario

L'8 settembre 2021 il Consiglio di Stato ticinese ha adottato la risoluzione "Obbligo di test per il personale sanitario e sociosanitario non vaccinato e di certificato Covid per i visitatori delle strutture sociosanitarie"⁵². Con questa veniva stabilito che il personale attivo nelle strutture sanitarie, sociosanitarie, nei centri diurni per anziani e invalidi, nelle strutture per tossicodipendenti, nonché nei servizi di assistenza a domicilio doveva, per potere esercitare la sua attività, o esibire un certificato Covid-19 in corso di validità, oppure partecipare ad un programma gratuito di test antigenici ogni 96 ore. Contro quest'ultimo aspetto (obbligo di test), 32 persone hanno presentato ricorso innanzi al Tribunale amministrativo ticinese che, dopo averlo dichiarato irricevibile, lo ha trasmesso al Tribunale federale per competenza. Le censure oggetto del presente ricorso erano due. Con la prima (che è stata respinta) i ricorrenti sostenevano che la risoluzione ticinese si basasse su un erroneo accertamento dei fatti, ossia assumeva in maniera aprioristica e fallace che le persone vaccinate non fossero portatrici e non potessero contrarre il coronavirus. Con la seconda (e principale censura), invece, i ricorrenti lamentavano una violazione del principio di uguaglianza (art. 8 Cost. fed.), ossia ritenevano che il fatto di avere imposto un obbligo di test unicamente al personale non vaccinato fosse discriminatorio. In aggiunta, essi lamentavano una violazione del loro diritto a potere prestare un consenso libero, dal momento che dovevano sottoporsi necessariamente ad un trattamento coatto per potere lavorare. Con la DTF 149 I 105 il Tribunale federale si è pertanto focalizzato su questa censura, offrendo un'interessante analisi circa l'osservanza del principio di uguaglianza (art. 8 Cost. fed.). Partendo dalla constatazione che questo principio deve essere rispettato dal legisla-

⁵⁰ Tra l'altro, per sopperire a questa mancanza con riferimento al diritto d'urgenza, erano state depositate due iniziative parlamentari (Iniziativa parlamentare 20.430 "Controllo astratto delle ordinanze di necessità", 6 maggio 2020; Iniziativa parlamentare 21.404 "Per un controllo giudiziario degli atti del Consiglio federale fondati sul diritto di necessità", 1 marzo 2021) che, tuttavia, sono state entrambe respinte.

⁵¹ F. UHLMANN, *COVID-19: Legal Lessons Learned in Switzerland*, in N. MORAG (a cura di), *Impacts of the Covid-19 Pandemic: international laws, policies, and civil liberties*, Hoboken, 2023, p. 51.

⁵² *Supra*, n. 7.

tore tanto *davanti alla* legge, quanto *nella* legge, i giudici del Tribunale federale sottolineano che si è in presenza di una sua violazione solo nel caso in cui due situazioni uguali vengono trattate in maniera diversa, o due situazioni diverse vengono trattate in maniera uguale. In aggiunta, essi rilevano che, nel caso in cui esista una disparità, questa può nondimeno essere giustificata se, da un lato, la regolamentazione in oggetto persegue uno scopo legittimo e, dall'altro, la misura imposta è proporzionata allo scopo. Dopo queste iniziali e centrali constatazioni, il Tribunale federale struttura il suo ragionamento in tre passaggi. Il primo riguardava i due gruppi di persone coinvolti, ossia i giudici si chiedono se i dipendenti delle strutture sopra menzionate in possesso di un certificato Covid-19 e quelli che ne erano privi si trovassero effettivamente in una situazione comparabile. A tal proposito, il Tribunale federale chiarisce immediatamente che non vi fossero dubbi che questi due gruppi di persone si trovavano in una situazione comparabile (consid. 4.4.1). Di conseguenza, il secondo passaggio portava sulla necessità di chiarire se esistesse o meno una disparità di trattamento. Dopo avere risposto affermativamente anche a questo dubbio (ossia avere confermato che prevedere un obbligo di test solo per una certa parte di personale introduce una disparità di trattamento, consid. 4.4.1), i giudici si focalizzano sul terzo e più importante aspetto, ossia sulla giustificabilità di questa disparità. A tal proposito, viene rammentato che, affinché una misura che introduce una disparità di trattamento possa essere considerata legittima, essa deve riposare su una base legale, rispondere ad un interesse pubblico e, infine, essere proporzionata. Per quanto attiene alla prima condizione (base legale), i giudici del Tribunale federale la ritengono soddisfatta constatando che l'ordinanza oggetto di ricorso riposa su una base legale in senso formale, ossia l'art. 40 LEp. Invero, a norma di quest'ultimo, le autorità cantonali possono prendere «provvedimenti al fine di impedire la propagazione di malattie trasmissibili in seno alla popolazione o in gruppi specifici di persone» (cpv. 1). Tra l'altro, nel chiarire al cpv. 2 le tipologie di provvedimenti adottabili, l'art. 40 fornisce un elenco meramente esemplificativo (“in particolare”). La seconda condizione (interesse pubblico) risulta anch'essa essere soddisfatta. Dalla sentenza emerge tuttavia che i ricorrenti non avevano contestato l'esistenza di un interesse pubblico superiore (diritto alla salute), quanto più l'idoneità di questa misura a perseguirlo. A tal proposito, è interessante rilevare che i giudici sottolineano che, al momento in cui era stato introdotto, le autorità ticinesi disponevano di conoscenze scientifiche parziali e limitate rispetto a quelle disponibili alla data della sentenza e che, pertanto, la valutazione retrospettiva del loro operato doveva essere effettuata in maniera delicata. Di conseguenza, siccome nel 2021 le conoscenze scientifiche a disposizione suggerivano che il rischio di contagio e di contagiare era nettamente inferiore nelle persone non vaccinate, il Consiglio di Stato ticinese aveva correttamente ritenuto che vi fosse un indiscusso interesse pubblico a trattare diversamente i non immunizzati. Anche la terza ed ultima condizione (proporzionalità) resiste all'esame del Tribunale federale. Affinché una misura possa essere considerata proporzionata è necessario che, a sua volta, soddisfi tre corollari, ossia deve essere idonea, necessaria e proporzionata in senso stretto. Una misura è definita idonea se è in grado di raggiungere lo scopo perseguito, *in casu* rallentare la propagazione della malattia. A tal proposito (consid. 4.4.5.2), i giudici sottolineano che, in

base alle evidenze scientifiche disponibili al momento in cui era stato adottato il provvedimento oggetto di sindacato, si riteneva che la trasmissione del virus fosse poco o meno probabile da parte di persone che si erano sottoposte ad un ciclo vaccinale completo o erano guarite. Partendo da questa constatazione scientifica (ossia che i soggetti vaccinati erano meno preposti ad infettarsi e quindi ad infettare), l'obbligo di test rappresentava una misura certamente idonea a ridurre il numero di infezioni. La necessità (secondo corollario) riguarda invece lo scopo della misura, ossia si ritiene che una misura sia necessaria quando è in grado di perseguire uno scopo che non avrebbe potuto essere soddisfatto altrimenti. Anche rispetto al soddisfacimento di questo corollario i giudici si pronunciano positivamente (consid. 4.4.5.3), sottolineando che non esistevano misure meno restrittive e altrettanto efficaci rispetto a quella proposta. Invero, per come configurato, l'obbligo di test in oggetto costituiva un'ottima alternativa all'obbligo vaccinale e, tra l'altro, veniva imposto soltanto a quella parte di personale sanitario che lavorava nelle suddette strutture e solo se «a contatto stretto con pazienti, residenti o utenti». In aggiunta, i giudici rilevano che l'obbligo di test differiva dall'obbligo vaccinale e, oltretutto, non impediva a coloro che non erano in possesso di un certificato Covid di lavorare. Il terzo ed ultimo corollario è rappresentato dalla proporzionalità in senso stretto, ossia dalla verifica in merito all'esistenza di un rapporto ragionevole tra la misura in oggetto e la finalità perseguita. Secondo i giudici anche questo aspetto è stato soddisfatto (consid. 4.4.5.4) poiché, oltre ad essere gratuito e ad avvenire sul luogo di lavoro, il test in parola era per lo più un test salivare (e, quindi, non eccessivamente invasivo) a cui, tra l'altro, in determinate occasioni, potevano addirittura apporsi delle eccezioni.

Per queste ragioni, il Tribunale federale dichiara il ricorso infondato e lo respinge.

5. Conclusioni

Come visto, dopo una prima fase in cui era stato principalmente il Consiglio federale a farsi carico dell'adozione delle misure necessarie a frenare la propagazione della pandemia, nella seconda gli si sono affiancati anche i Cantoni. Tra le misure adottate nel Canton Ticino vi era quella relativa all'obbligo di test per il personale sanitario non vaccinato, la cui legittimità è stata vagliata dal Tribunale federale nella DTF 149 I 105. L'analisi di questa sentenza ci permette ora di effettuare almeno due riflessioni conclusive: la prima, di natura più generica, relativa alle misure adottate per fare fronte al coronavirus in Svizzera; e la seconda, di natura più specifica, relativa al rapporto tra diritto e scienza in questo contesto. Per quanto attiene alla prima, è da rilevare che, rispetto alla maggior parte degli altri paesi del Consiglio d'Europa, le misure adottate in Svizzera sono state meno restrittive. Questo

risulta vero se si considera, ad esempio, che è stato imposto un lockdown in forma *light*⁵³ o, ancora, che è stato rimosso l'obbligo di indossare le mascherine nella maggior parte dei luoghi già a partire dal 17 febbraio 2022⁵⁴. Anche il provvedimento oggetto di analisi corrobora questa constatazione: invero, nel Canton Ticino⁵⁵ era stato unicamente imposto un obbligo di test, e non un obbligo di vaccino che, quindi, non precludeva a coloro che decidevano di non vaccinarsi la possibilità di lavorare. Tra l'altro, era stato previsto che fossero le stesse strutture sanitarie interessate ad organizzare in loco e gratuitamente l'effettuazione dei test per evitare che il personale coinvolto dovesse investire tempo e soldi per potersi sottoporre. Al contrario, la tendenza registrata nei paesi limitrofi è stata quella di introdurre un vero e proprio obbligo di vaccino per il personale sanitario. Ad esempio, questo era stato introdotto con la Loi n. 2021-1040⁵⁶ in Francia, con il decreto-legge n. 44/2021⁵⁷ in Italia o, ancora, con la Infektionsschutzgesetz⁵⁸ in Germania. In conclusione, la previsione di un obbligo di test s'innesta perfettamente in quella tendenza generale registrata in Svizzera secondo cui, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, il legislatore ha, ove possibile, favorito le misure meno restrittive della libertà personale⁵⁹. Come anticipato, l'analisi di questa sentenza permette altresì di effettuare alcune considerazioni con riferimento al rapporto tra diritto e scienza. Invero, un aspetto peculiare della gestione della pandemia è stata la stretta connessione creatasi tra conoscenze scientifiche e scelte politiche, dal momento che l'adozione di diverse misure di contenimento da parte delle autorità è stata di sovente basata sui dati prodotti e diffusi da organi scientifici, spesso creati a tal fine. In Svizzera, per fare fronte all'emergenza da Coronavirus, il 30 marzo 2020 era stata istituita la *Swiss National COVID-19 Science Task Force* (d'ora innanzi, SN-STF). Composta da esperte ed esperti in materie scientifiche del mondo accademico, la SN-STF «*incarn[ait] la conscience scientifique du législateur d'urgence*»⁶⁰, ossia aveva lo scopo di produrre e mettere a disposizione dei responsabili delle decisioni politiche conoscenze e dati scientifici relativi al Covid. Durante la pandemia è stato molto discusso quale

⁵³ Ad esempio, il confinamento nelle proprie abitazioni private era solamente "altamente raccomandato" (non obbligatorio) o, ancora, erano considerati ammissibili i raggruppamenti fino a un massimo di 5 persone. Sulle ragioni della sua riuscita si veda N. BÜHLER, et al., "Flexible Lockdown" in Switzerland. *Individual Responsibility and the Daily Navigation of Risk and Protection*, in I. ALI, R. DAVIS-FLOYD (a cura di), *Negotiating the Pandemic. Cultural, National, and Individual Constructions of COVID-19*, New York, 2022, pp. 110-124.

⁵⁴ Ordinanza del 16 febbraio 2022 sui provvedimenti per combattere l'epidemia di COVID-19 nella situazione particolare (Ordinanza COVID-19 situazione particolare), RU 2022.97, Sezione 2.

⁵⁵ Ma non solo, poiché questo obbligo è stato introdotto, ad esempio, anche nel Canton Grigioni.

⁵⁶ Loi n. 2021-1040 relative à la gestion de la crise sanitaire, 5 agosto 2021.

⁵⁷ Decreto-legge 1° aprile 2022, n. 44.

⁵⁸ *Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG)* del 20 luglio 2000.

⁵⁹ F. BERNARD, V. MARJOLAINE, *Vaccination obligatoire et pandémie de COVID-19 en Suisse. État des lieux juridique à l'occasion de l'arrêt de la Cour EDH (GC), Vavrička et autres c. République tchèque (2021)*, in *Jusletter*, 2021, p. 20.

⁶⁰ A. FLÜCKIGER, *Légiférer sans arbitraire dans l'incertain. Le principe de proportionnalité entre précaution et expérimentation*, in *Leges*, vol. 32, 2021, p. 6.

ruolo dovesse ricoprire la scienza nelle scelte politiche, e questo anche perché in Svizzera non esistono delle previsioni statutarie (ad esempio, nella LEp) che chiariscano puntualmente se e in che misura un *advice* scientifico debba essere preso in considerazione da parte delle autorità⁶¹. Nei fatti, l'impatto esercitato dalla scienza sulle risposte politiche è stato fortemente variabile. Secondo il brillante studio condotto da Hofmänner⁶², il rapporto scienza-politica in Svizzera si è sviluppato in quattro fasi. Alle prime due fasi, in cui l'importanza riconosciuta alla scienza è stata piuttosto debole, è seguita una terza (il cui inizio viene fatto coincidere con l'istituzione del SN-STF) in cui la scienza ha permeato il *decision-making process*, con riferimento soprattutto alla predisposizione di adeguate misure, alla programmazione di una strategia di contenimento e, infine, alla pianificazione di una strategia di transizione. In questa fase, tendenzialmente, le misure adottate risultavano conformi agli *advice* scientifici. Nella quarta fase si è poi registrato un regresso, nel senso che la scienza ha avuto un impatto più debole sulle decisioni politiche: spesso, infatti, le misure adottate non corrispondevano agli *advice* scientifici. L'elevato numero di infezioni e di morti nella seconda ondata è stato imputato anche a questa disconnessione che, tra l'altro, ha ingenerato un fervente dibattito pubblico e politico. Alla luce di ciò, nel recente rapporto di sintesi del Programma nazionale di ricerca "Covid-19"⁶³ è stato sottolineato che la collaborazione tra scienza e politica non è stata sufficiente durante la pandemia e che, per il futuro, è necessario rafforzare questo partenariato⁶⁴. Nel contesto pandemico altrettanto distintivo è stato il legame creatosi tra conoscenze scientifiche e Corti⁶⁵, dal momento che le Corti, quando sono state chiamate a vagliare la legittimità di queste misure, si sono variamente appellate ai dati tecnico-scientifici, e ciò soprattutto nell'esame di proporzionalità⁶⁶. Per esempio, nel vagliare la legittimità dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario, tanto la Corte costituzionale italiana⁶⁷, quanto il *Bundesverfassungsgericht*⁶⁸ si sono appellati ai dati tecnico-scientifici: nel primo caso, i giudici italiani si sono rifatti ai dati scientifici per vagliare l'idoneità della misura, mentre nel secondo, quelli tedeschi, per verificarne sia l'idoneità, sia la necessità. Una compenetrazione tra dati scientifici e test di proporzionalità è rinvenibile anche nella giurisprudenza del Tribunale federale, che li

⁶¹ HOFMÄNNER, A. (2021) *The Role of Science in the Swiss Policy Response to the COVID-19 Pandemic*, in *Swiss Academies Reports*, vol. 16, 2021, p. 46.

⁶² Ivi, spec. pp. 31 ss.

⁶³ Rapport de synthèse Programme national de recherche «Covid-19» (PNR 78). Résultats et recommandations, 14 novembre 2023.

⁶⁴ Ivi, p. 14.

⁶⁵ Nella misura in cui il loro operato è aggravato dalla presenza di dati fattuali incerti, elementi prospettici pericolosi e informazioni scientifiche incomplete: FLÜCKIGER, A. *Le droit expérimental*, in *Sécurité & Droit*, 2020, p. 147.

⁶⁶ V.A. DA SILVA, *Standing in the Shadows of Balancing: Proportionality and the Necessity Test*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 20, 2022, pp. 1755-1756.

⁶⁷ Corte Costituzionale, Sentenza n. 14/2023.

⁶⁸ BVerfGE, Beschluss des Ersten Senats - 1 BvR 2649/21, 27 aprile 2022.

ha presi in considerazione soprattutto nella valutazione della prima componente del test, ossia per vagliare l'idoneità delle misure sottoposta al suo sindacato⁶⁹. Ciò è avvenuto anche⁷⁰ nella DTF oggetto di esame, in cui il Tribunale federale – basandosi sulla constatazione che «secondo le evidenze scientifiche disponibili al momento del provvedimento, la trasmissione del SARS-CoV-2 da parte di persone completamente vaccinate o guarite era poco o meno probabile e che maggiore era il tasso di copertura vaccinale del personale sanitario, minore era il rischio che il virus potesse varcare le porte di simili strutture» (consid. 4.4.5.2) – ha dichiarato il test anti-Covid 19 misura idonea a rallentare la diffusione del virus. Tra l'altro, è interessante notare che, nel valutare l'idoneità di queste misure, i giudici del Tribunale federale si sono sempre basati sulle conoscenze scientifiche disponibili al momento in cui la misura oggetto di sindacato era stata adottata (valutazione retrospettiva), e non già su quelle disponibili al momento in cui è intervenuta la decisione. Invero, se avessero dovuto valutare l'idoneità del test anti-Covid-19 alla luce delle conoscenze disponibili a dicembre 2022 (mese in cui è intervenuta la sentenza), i giudici svizzeri l'avrebbero probabilmente dovuta dichiarata inadeguata in quanto, a quel momento, era oramai risaputo che anche i soggetti vaccinati potevano contrarre e quindi trasmettere il virus. Queste ultime osservazioni permettono di constatare che se, da un lato, l'alta tecnicità delle misure da sindacare ha reso necessaria la presa in considerazione delle conoscenze scientifiche, dall'altro, la loro rapida evoluzione, ha posto un problema di *bias* cognitivo⁷¹, ossia ha richiesto alle Corti uno sforzo interpretativo nel senso di trovare un modo per evitare che il loro sindacato *ex post* venisse influenzato da conoscenze non disponibili *ex ante*.

⁶⁹ A. FLÜCKIGER, *supra* n. 60, p. 9.

⁷⁰ Un altro esempio interessante è offerto dalla DTF 147 I 393, consid. 5.3.3 in cui, nel valutare l'idoneità dell'obbligo di indossare la mascherina, il Tribunale federale si appella ai dati scientifici: "En l'occurrence, le port du masque facial en vue de diminuer la propagation de la maladie à coronavirus 2019 est expressément préconisé par l'Office fédéral de la santé publique qui explique que 'porter un masque au quotidien permet surtout de protéger les autres personnes. Une personne infectée peut être contagieuse sans le savoir jusqu'à deux jours avant l'apparition des symptômes. Ainsi, si tout le monde porte un masque dans un espace étroit, chaque personne est protégée des autres. Les masques ne garantissent pas une protection à 100 %, mais ils peuvent contribuer à ce que le nouveau coronavirus se propage moins rapidement' [...] Cette mesure est également recommandée par l'OMS, qui retient que le port du masque doit être considéré comme normal lorsqu'on se trouve avec d'autres personnes. Cette organisation ajoute que pour que les masques soient aussi efficaces que possible, il est essentiel de les porter, de les ranger et de les laver ou de les jeter correctement".

⁷¹ A. FLÜCKIGER, *supra* n. 60, p. 12.