

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO
4 / 2021

OTTOBRE - DICEMBRE

Il Consiglio di Stato conferma l'ordinanza cautelare di primo grado sull'impiego della certificazione verde COVID-19 (c.d. "Green pass")

Francesca Roncarolo

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-4-6

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello promosso contro l'ordinanza resa in primo dal T.A.R. Lazio, con la quale è stata respinta la domanda cautelare di sospensione dell'utilizzo obbligatorio del c.d. Green Pass per l'esercizio di talune attività, così come previsto dal D.P.C.M. del 17 giugno 2021. La pronuncia evidenzia l'importanza del piano vaccinale quale misura adottata dall'UE per garantire la salvaguardia della salute dei cittadini, così come dell'esigenza di effettuare – ai fini cautelari – una valutazione circa l'effettivo o soltanto potenziale pericolo di una compromissione della sicurezza nel trattamento dei dati sensibili, ovvero nell'assicurare il rispetto del diritto alla privacy e di non discriminazione.

The Council of State confirms the first instance decision on the use of COVID-19 green certification (so-called "green pass")

The Council of state refused the appeal against the judgement of the T.A.R. Lazio, which denied a protective order for suspension of the mandatory use of so-called Green Pass, in order to exercise certain activities as introduced by the Decree of the President of the Council of Ministers of 17th June 2021. The decision stresses the importance of the vaccination as one of the UE measures for citizens' health protection, as well as the evaluation of a real or a merely potential risk of security in processing of sensitive data, or in ensuring right to privacy and non-discrimination.

1. Introduzione

Con ordinanza n. 5130 resa il 17 settembre 2021, la terza Sezione del Consiglio di Stato ha confermato l'ordinanza resa dal T.A.R. Lazio^[1], di rigetto della richiesta cautelare di sospensione dell'efficacia del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 giugno 2021, contenente le disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto legge 22 aprile 2021 n. 52, relative al sistema di prevenzione, contenimento e controllo sanitario dell'infezione SARS-CoV-2, mediante l'impiego della certificazione verde COVID-19 (cd. "Green pass").

Gli appellanti hanno sostenuto che il suindicato D.P.C.M., nonché la normativa primaria su cui esso si basa (D.L. n. 52/2021), siano in contrasto con la disciplina dell'Unione europea e con la Costituzione italiana, con particolare riferimento alla protezione dei dati personali sanitari. Gli stessi hanno inoltre lamentato, oltre alla lesione del loro diritto alla riservatezza sanitaria, altresì il rischio di discriminazioni nello svolgimento di attività, condizionato al possesso del Green Pass, nonché il pregiudizio economico derivante dalla necessità di sottoporsi a frequenti tamponi.

2. Il giudizio cautelare di primo grado

La pronuncia è stata resa nell'ambito del ricorso promosso da quattro soggetti privati, con l'intervento adesivo di altri numerosi cittadini nonché della Codacons e della Associazione Italiana per i Diritti del Malato e del Cittadino, contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Salute, Ministero dell'Interno, Ministero dell'Economia e delle Finanze, per ottenere l'annullamento dell'intero D.P.C.M. 17 giugno 2021^[2].

Esso contiene norme attuative di quanto prescritto all'art. 9, comma 10, D.L. 22 aprile 2021, n. 52, ed in particolare misure riguardanti la gestione e le modalità di verifica delle «certificazioni verdi COVID-19», ossia delle «*certificazioni comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2, lo stato di avvenuta guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2, ovvero l'effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus SARS-CoV-2*»^[3].

Tra i vari aspetti, si prescrive la messa a disposizione ed aggiornamento del dato attraverso strumenti digitali (quali la Piattaforma nazionale-DGC, cui si accede

sia attraverso identità digitale sia con autenticazione a più fattori, il Fascicolo sanitario elettronico, la App Immuni, la App IO, il Sistema TS, per il tramite di medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, farmacisti e altri medici delle aziende sanitarie, USMAF, SASN autorizzati), prevedendo del resto che le modalità di accesso rispettino «*l'uso di meccanismi di sicurezza volti a minimizzare il rischio di accessi non autorizzati ai dati personali*»^[4].

Inoltre è stabilito che al controllo del c.d. Green Pass siano deputati i pubblici ufficiali nell'esercizio delle relative funzioni, il personale addetto ai servizi di controllo delle attività di intrattenimento e di spettacolo in luoghi aperti al pubblico o in pubblici esercizi, i soggetti titolari delle strutture ricettive di pubblici esercizi e di luoghi ove si svolgono eventi ed attività per il cui accesso è prescritto il possesso del c.d. Green Pass, i vettori aerei, marittimi e terrestri, i gestori delle strutture che erogano prestazioni sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali per l'accesso alle quali sia prescritto il possesso di certificazione verde COVID-19. Parimenti, in merito a ciò, si prevede che «*l'attività di verifica delle certificazioni non comporta, in alcun caso, la raccolta dei dati dell'intestatario in qualunque forma*»^[5].

Con decreto presidenziale del 28 giugno 2021, il T.A.R. Lazio^[6] aveva già respinto la domanda cautelare sospensiva, richiesta *inaudita altera parte* ex art. 56 c.p.a., rilevando l'assenza dei presupposti di estrema gravità ed urgenza tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data di celebrazione della camera di consiglio.

Il rigetto di una tutela cautelare era stato ribadito anche all'esito della trattazione collegiale. In particolare il T.A.R. Lazio aveva evidenziato l'assenza, e la mancata precisa individuazione attraverso il ricorso formulato, di «*circostanze che consentano di stabilire se e quale pregiudizio irreparabile potrebbe subire parte ricorrente dal provvedimento impugnato*»^[7].

3. La decisione del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato^[8], ha confermato le conclusioni del giudice di primo grado, ribadendo come – in punto di *periculum in mora* – la domanda, così come formulata, e allo stato attuale di utilizzo di tale meccanismo di «certificazioni verdi COVID-19», sia sfornita di una chiara e adeguata rappresentazione della

gravità ed irreparabilità del rischio paventato.

Il Consiglio di Stato osserva che, da un lato, il rischio di compromissione della sicurezza nel trattamento dei dati sensibili appare meramente potenziale, versandosi inoltre in un caso di utilizzo non riconducibile all'ipotesi di "attività pericolosa" del trattamento dei dati, ex art. 15 D.Lgs. n. 196/2003 e ex art. 2050 c.c..

Dall'altro lato, l'attuale sistema di verifica del possesso della «certificazione verde» non rende conoscibili a terzi il concreto presupposto dell'ottenuta certificazione (vaccinazione o attestazione della negatività al virus), e per tale ragione il meccanismo non può considerarsi lesivo del diritto alla riservatezza sanitaria in ordine alla scelta compiuta, del vaccinarsi o no.

Incidentalmente, si evidenzia altresì come la disciplina non privi il singolo cittadino della libertà di scelta circa il sottoporsi o meno al vaccino, essendo comunque garantito il rilascio di c.d. Green Pass anche a coloro che, più semplicemente, si siano sottoposti a tampone che abbia dato esito negativo^[9].

Sempre su tale aspetto inerente al trattamento del dato, in chiusura si osserva che *«le prescrizioni stabilite dal Garante per la riservatezza dei dati personali mantengono la loro efficacia nei confronti delle misure applicative di copertura dell'autorità sanitaria nazionale cui spetta il coordinamento delle iniziative occorrenti»*^[10].

Andando oltre, il Giudice di seconde cure introduce nuove riflessioni che – ritiene chi scrive – potranno essere riproposte anche in fase di merito, in quanto pertengono più strettamente al tema del *fumus boni iuris*.

Invero, il Consiglio di Stato osserva che il D.P.C.M. impugnato contiene meri aspetti regolatori e tecnici afferenti all'uso e al controllo della «certificazione verde COVID-19», e che non sono disciplinati in esso – bensì in altra normativa – gli aspetti dei quali i ricorrenti si dolgono e lamentano la discriminatorietà: si tratterebbe infatti della (diversa) normativa che condiziona lo svolgimento di attività sociali, economiche e lavorative al possesso del c.d. Green Pass.

Inoltre, si rileva che *«il "green pass" rientra in un ambito di misure, concordate e definite a livello europeo e dunque non eludibili, anche per ciò che attiene la loro decorrenza temporale, e che mirano a preservare la salute pubblica in ambito sovranazionale per consentire la fruizione delle opportunità di spostamenti e viaggi in sicurezza riducendo i controlli»*^[11].

In tale modo si pone l'attenzione sulle misure poste a livello sopranazionale dall'Unione Europea, in particolar modo finalizzate a fare fronte all'emergenza sanitaria, riconosciuta quale di portata internazionale con Dichiarazione del 30 gennaio 2020 dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS)^[12].

Tra di esse, alla campagna vaccinale coordinata a livello europeo^[13] ha poi fatto seguito un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19 nei settori chiave, mediante l'applicazione di criteri e soglie comuni per decidere se introdurre restrizioni alla libera circolazione, una mappatura delle zone a rischio di trasmissione e adozione di misure omogenee ed appropriate per le persone che si spostano da o verso zone a rischio.

Questo in considerazione del fatto che, in conformità anche con il diritto europeo, gli Stati membri possono limitare il diritto fondamentale alla libera circolazione per motivi di sanità pubblica^[14].

Orbene, il c.d. Green Pass quale misura, tra le tante, dirette alla realizzazione del piano vaccinale, ad avviso del Consiglio di Stato ha oggettivamente accelerato il percorso di riapertura delle attività economiche, sociali ed istituzionali in una fase di ancora non del tutto superata emergenza pandemica, consentendo un'attenuazione alle restrizioni di libertà di circolazione.

Ne consegue secondo il Giudice di seconde cure che, in un'ottica di comparazione degli interessi in gioco, nel caso di specie pertinente alla fase cautelare e dunque su un piano «*inteso a soppesare comparativamente il danno lamentato dalla parte richiedente la tutela cautelare*»^[15], il depotenziamento di strumenti quali il c.d. Green Pass (destinati ad operare in modo coordinato anche mediante impulso sovranazionale) determinerebbe un «*vuoto regolativo foriero di conseguenze non prevedibili sul piano della salvaguardia della salute dei cittadini, la grande maggioranza dei quali, peraltro, ha aderito alla proposta vaccinale e ha comunque ottenuto la certificazione verde*»^[16].

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha ritenuto che «*la generica affermazione degli appellanti (pag. 7 appello) secondo cui "allo stato delle conoscenze scientifiche" non vi sarebbe piena immunizzazione e quindi si creerebbe un "lasciapassare falso di immunità", si pone in contrasto con ampi e approfonditi studi e ricerche su cui si sono basate le decisioni europee e nazionali volte a mitigare le restrizioni anti covid a fronte di diffuse campagne vaccinali*»^[17].

CERIDAP

1. . T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 3 agosto 2021, n. 4281
2. . Disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, recante «*Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*».
3. Art. 1, D.P.C.M. 17 giugno 2021
4. Art. 11, D.P.C.M. cit.
5. Art. 13, D.P.C.M. cit.
6. T.A.R. Lazio (Roma), Sez. I, decreto 28 giugno 2021, n. 3624
7. T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, ordinanza 3 agosto 2021, n. 4281, in motivazione
8. Cons. Stato, sez. III, ordinanza 17 settembre 2021, n. 5130
9. Sul punto più approfonditamente si è espresso il T.A.R. (Lazio), Sezione III Bis, 1 settembre 2021 n. 4532, dichiarando che «*nell'ottica del legislatore la presentazione del test in questione in sostituzione del certificato comprovante l'avvenuta gratuita vaccinazione costituisce una facoltà rispettosa del diritto del docente a non sottoporsi a vaccinazione ed è stata prevista nell'esclusivo interesse di quest'ultimo, e, conseguentemente, ad una sommaria delibazione, non appare irrazionale che il costo del tampone venga a gravare sul docente che voglia beneficiare di tale alternativa*».
10. Cons. Stato, sez. III, ordinanza 17 settembre 2021, n. 5130, in motivazione
11. *Ibidem*, in motivazione
12. [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))
13. Si veda: la Comunicazione del 17 giugno 2020 della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca Europea per gli Investimenti, denominata «*Strategia dell'UE per i vaccini contro COVID-19*», reperibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?qid=1596190453106&uri=CELEX:52020DC0245> ; la Decisione della Commissione Europea del 18 giugno 2020, contenente l'accordo tra la Commissione e gli Stati membri, reperibile in https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/decision_approving_the_agreement_with_member_states_on_procuring_covid-19_vaccines_on_behalf_of_the_member_states_and_related_procedures.pdf ; la Risoluzione 18 maggio 2020 n. 73 dell'OMS, reperibile in https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_CONF1Rev1-en.pdf
14. Si veda in particolare la Raccomandazione del Consiglio del 13 ottobre 2020 UE/2020/1475, reperibile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2020.337.01.003.01.ITA&toc=OJ%3AL%3A2020%3A337%3ATOC
15. Cons. Stato, sez. III, ordinanza 17 settembre 2021, n. 5130, in motivazione
16. *Ibidem*, in motivazione
17. *Ibidem*, in motivazione