

Il *passé sanitaire* e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del *Conseil constitutionnel*

di Giorgio Grasso

Abstract: Health pass and constitutional rights and liberties in the decision no. 2021-824 DC of 5 August 2021 of Constitutional Council – This article examines the decision no. 2021-824 DC of 5 August 2021 of French Constitutional Council, concerning in particular the “health pass”, introduced in the French legislation by Act no. 2021-689 of 31 May on the management of the end of the public health state of emergency, amended by the law adopted the 25 July 2021. The presentation of the “health pass” makes access to certain places, establishments, services or events where they are leisure, commercial dining or drinking activities; it may also apply to trade fairs, seminars and trade shows, health, social and medico-social services and establishments, long-distance travel by inter-regional public transport and certain department stores and shopping centers; it is used finally in the employment relationship, with the obligation imposed on certain employees and public officials to present the “health pass” in order to gain access to the place where they perform their duties.

The reconciliation 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, ensured by the legislator, was confirmed by the Constitutional Council decision of 5 August 2021, in the line of all its jurisprudence about Covid-19 (see for example decision no. 2021-819 DC of 31 Mai 2021). Consequently, the fundamental regulation of “health pass”, which may take the form of either the results of a viral screening test non concluding that a person has been infected with Covid-19, or proof of vaccination status, or a certificate of recovery following an infection, was declared conform with French Constitution.

Keywords: Health pass; Constitutional rights and freedoms; Protection of health; Legislator’s evaluation of the public health state of emergency; Constitutional Council’s jurisprudence about Covid-19.

1. Rilievi introduttivi

Con una pronuncia molto attesa e che ha avuto larga eco anche fuori dai confini dell’Esagono francese, il *Conseil constitutionnel* il 5 agosto scorso ha dichiarato conforme alla Costituzione la struttura fondamentale del c.d. *passé sanitaire*, introdotto inizialmente nella legislazione francese dalla “loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire” e che la legge di modifica, approvata definitivamente il 25 luglio 2021 e oggetto del giudizio costituzionale, ha ampiamente irrobustito (la legge,

pubblicata sul *Journal Officiel* il giorno stesso dell’emanazione della decisione del *Conseil constitutionnel*, ha assunto il n° 2021-1040).

La decisione molto articolata, promossa con quattro diverse *saisines*¹ e già oggetto di alcuni primi commenti della dottrina², sarà qui esaminata al fine di aprire una riflessione sull’incidenza effettiva di un dispositivo come il *passé sanitaire* su un insieme di diritti e libertà costituzionalmente garantiti, i quali, da parte di tutta la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* originata dalla legislazione adottata per fronteggiare la pandemia del Covid-19, hanno trovato una costante limitazione al fine di garantire l’obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute³.

Lateralmente a questo che appare il profilo principale della pronuncia in commento saranno poi rapidamente trattate ulteriori questioni di grande rilievo affrontate nella decisione e che hanno riguardato il giudizio di costituzionalità su altre previsioni della “loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire”, non direttamente riferite alla vicenda del *passé sanitaire*.

2. La creazione del *passé sanitaire* nella legislazione francese e la “*décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021*” del *Conseil constitutionnel*

In coerenza con le previsioni del Regolamento europeo sul certificato verde digitale (Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021, su un quadro per il rilascio, la verifica e l’accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di

¹ Una prima *saisine* è stata promossa dallo stesso Primo ministro, senza ovviamente avanzare alcuna contestazione verso la legge, ma al fine di legittimare l’intervento del Parlamento e l’equilibrio raggiunto tra la protezione della salute pubblica e la necessità della lotta contro la pandemia, da un lato, e la protezione dei diritti e delle libertà, dall’altro (così la *saisine* presentata dal Primo ministro alla cancelleria del *Conseil constitutionnel* il 26 luglio 2021); le tre *saisines* parlamentari sono state sollevate rispettivamente da senatori del gruppo parlamentare “Les Républicains”, da senatori dei gruppi parlamentari “Socialiste, Ecologiste, Républicain”, “Républicain, Citoyen et Ecologiste” e “Ecologiste, Solidarité et Territoires” e da deputati dei gruppi parlamentari “Socialistes et apparentés”, “La France Insoumise”, “Gauche Démocrate et Républicaine” e “Libertés et territoires”.

² Vedi S. Benzina, *La “petite” décision du Conseil constitutionnel relative au “passé sanitaire”*, in blog.leclubdesjuristes.com/la-petite-decision-du-conseil-constitutionnel-relative-au-pass-sanitaire-par-samy-benzina/?fbclid=IwAR25ADL_NDWaHAAt16I9HMGTnH5wkUtrcHb_gItmgZAJMy6AiBHx6E6MqW0, 1 ss.; P. Costanzo, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, in *Consultaonline*, 6 agosto 2021, I ss.; P. Derosier, nell’intervista di A. Le Corre, *Passé sanitaire : «La protection de la santé est devenu un principe cardinal pour le Conseil constitutionnel»*, in www.lefigaro.fr/vox/societe/passe-sanitaire-la-protection-de-la-sante-est-devenu-un-principe-cardinal-pour-le-conseil-constitutionnel-20210805, 1 ss.

³ Per rimandi all’insieme di questa giurisprudenza si vedano: P. Costanzo, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, cit., I ss., 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*, 99 ss. e M. VERPAUX, *Le déconfinement partiel devant le Conseil constitutionnel*, in *AJDA*, n° 39/2020, 23 novembre 2020, 2277 ss.

Covid-19 (certificato verde digitale)), la Francia come altri Paesi, tra cui l'Italia, ha individuato nel *passé sanitaire*, costruito sulle tre alternative del certificato di test negativo alla Covid-19, del certificato di vaccinazione e del certificato di avvenuta guarigione dalla malattia, lo strumento privilegiato con cui affrontare l'uscita dallo stato di emergenza sanitaria e l'evoluzione sempre in corso della pandemia, anche a causa della circolazione delle varianti del virus, permettendo di assicurare “la reprise généralisée de la vie collective”⁴.

In particolare, il testo iniziale del progetto di legge, approvato dal Consiglio dei ministri il 27 aprile 2021, proprio mentre a livello europeo era ancora in discussione la proposta del futuro Regolamento, si limitava a stabilire che il possesso di questo documento avrebbe permesso di spostarsi liberamente «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» (i Territori d'oltre mare). Tuttavia, con un emendamento adottato dal Governo solo cinque giorni dopo l'approvazione del progetto di legge in Consiglio dei ministri, la natura in origine assai circoscritta del *passé sanitaire*, nemmeno così esplicitamente qualificato dalla legge e rivolto in fondo soltanto a regolare l'esercizio della libertà di circolazione, è stata rinforzata anche per subordinare l'accesso delle persone “à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels” e dunque a influenzare alcuni aspetti della libertà di riunione. È il Primo ministro, “nell'interesse della salute pubblica e ai soli fini di lottare contro la propagazione dell'epidemia da Covid-19”, a dover adottare con decreto le misure che permettono di attuare concretamente gli obblighi previsti dalla legge.

Il *Conseil constitutionnel*, con la décision n° 2021-819 del 31 maggio 2021, promossa da una *saïsine parlementaire* di deputati dei gruppi parlamentari “Socialistes”, “La France Insoumise” e la “Gauche Démocrate et Républicaine”, ha respinto tutte le contestazioni riguardanti la procedura di approvazione dell'emendamento appena citato e la disciplina sostanziale del *passé sanitaire*, rigettando anche altre questioni di costituzionalità sollevate dai ricorrenti su ulteriori disposizioni della legge⁵.

Quanto alla procedura di adozione dell'emendamento, che avrebbe impedito che su di esso potessero esservi sia il parere del Consiglio di Stato, sia l'analisi dello studio d'impatto, previsti ai sensi dell'art. 39 della Costituzione e dell'art. 8 della legge organica del 15 aprile 2009, il *Conseil constitutionnel* ha affermato abbastanza sbrigativamente che questi obblighi sono imposti solo per i progetti di legge e non per gli emendamenti ai

⁴ Sul punto vedi ancora la *saïsine* presentata dal Primo ministro alla cancelleria del *Conseil constitutionnel* il 26 luglio 2021, cit.

⁵ Per un più ampio commento di questa decisione, si vedano G. Grasso, M. Kordeva, *La loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 27 mai 2021 devant le Conseil constitutionnel: quelques réflexions d'ensemble sur la décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021*, paper sottoposto alla pubblicazione in *Corti Supreme e Salute*, 3/2021.

medesimi progetti. Quanto, poi, alla disciplina sostanziale del *passé sanitaire* e alla circostanza che, secondo la *saisine* parlamentare, le due nozioni di “grand rassemblement de personnes” e di “activité de loisirs” sarebbero state imprecise e non chiaramente definite dal legislatore, che avrebbe dovuto, invece, fissare “le seuil de fréquentation minimale au-delà duquel le passé sanitaire pourrait être mis en œuvre”, senza lasciare interamente questa determinazione al potere regolamentare del Governo, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che, da un lato, non fosse compito del legislatore “déterminer un seuil minimal chiffré”, prevedendo di applicare le disposizioni contestate al caso in cui un numero importante (“un nombre important”) di persone sia presente simultaneamente nello stesso luogo⁶, e che dall’altro il concetto di “activité de loisirs” non risultasse né impreciso, né ambiguo, potendosi agevolmente distinguere dall’attività politica, sindacale o di culto. Il *Conseil constitutionnel*, infine, di fronte alla richiesta dei ricorrenti di adottare almeno, in mancanza di una dichiarazione secca di incostituzionalità delle disposizioni concernenti il *passé sanitaire*, una decisione contenente una riserva interpretativa, per garantire “un accès libre et gratuit à la vaccination comme aux textes virologiques durant toute sa durée d’application”, ha agevolmente evidenziato che le disposizioni impugnate non si riferiscono né alle condizioni di rilascio del *passé sanitaire*, né alla circostanza che il suo ottenimento avvenga a pagamento o a titolo gratuito, non essendovi allora alcun problema di conformità alla Costituzione, determinato da un’eventuale differenza di trattamento incostituzionale tra le persone⁷.

3. L’ampliamento dei casi di applicazione del *passé sanitaire* attraverso le modifiche del 25 luglio 2021 della “loi relative à la gestion de la crise sanitaire”

Anche grazie al “via libera” dato dal *Conseil constitutionnel* al *passé sanitaire* nella sua decisione del 31 maggio 2021, il Parlamento, su impulso del Governo, ha fortemente ampliato, con le modifiche approvate il 25 luglio 2021, i casi nei quali può essere utilizzato il *passé sanitaire*, espressione che entra finalmente anche nel testo della legge, seppure in una sua disposizione abbastanza marginale⁸.

⁶ La legge stabilisce, del resto, che l’applicazione di questa regolamentazione avviene “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”. Questa precisazione della densità, adattata alle caratteristiche dei luoghi, degli stabilimenti e degli eventi, è stata ritenuta dal *Conseil constitutionnel*, diversamente che dai ricorrenti, sufficiente a indirizzare il futuro potere regolamentare del Governo.

⁷ Vedi G. Grasso in G. Grasso, M. Kordeva, *La loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 27 mai 2021 devant le Conseil constitutionnel: quelques réflexions d’ensemble sur la décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021*, cit., paragrafo 3.

⁸ Si veda in particolare l’art. 11 della legge n° 2021-1040 del 5 agosto 2021: “Jusqu’au 31 octobre 2021, le Gouvernement remet au Parlement une évaluation hebdomadaire de l’impact économique de l’extension du *passé sanitaire* aux activités mentionnées au I de l’article 1er de la présente loi, en intégrant notamment une évaluation de la perte de

Intanto, rispetto alla libertà di spostamento, l'obbligo del *passé sanitaire* è stato esteso a tutte le persone di almeno dodici anni (il limite di età non era previsto dalla legge del 31 maggio 2021) e “aux personnels intervenant dans les services de transport concernés”; rispetto poi all'accesso a certi luoghi, stabilimenti, servizi (quest'ultimo termine non compariva nella legge del 31 maggio 2021) ed eventi, è sparita la condizione della numerosità di persone coinvolte nella riunione (si parlava, infatti, originariamente nella legge di “grands rassemblements de personnes”), e soprattutto si è notevolmente allargato l'elenco delle attività, per le quali l'accesso è subordinato alla presentazione del *passé sanitaire*. Accanto alle “activités de loisirs”, alle fiere, ai “séminaires” (non previsti dalla legge del 31 maggio 2021), ai saloni professionali, il *passé sanitaire* riguarda ora: la ristorazione commerciale e la vendita di bevande, “à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de plats préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire”; salvo in caso di urgenza, i servizi e stabilimenti di salute, sociali e medico sociali, “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”; gli spostamenti di lunga distanza con trasporto pubblico interregionale in tutto il territorio francese, “sauf en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis”; i grandi magazzini e i centri commerciali, su decisione motivata del rappresentante dello Stato nel dipartimento, “lorsque leur caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient”, oltre una soglia definita per decreto e nelle condizioni in grado di garantire, comunque, l'accesso delle persone ai beni e ai servizi di prima necessità e, se applicabile, ai mezzi di trasporto. Ulteriori disposizioni stabiliscono verso chi si applica questa disciplina e prevedono diversi momenti temporali della sua decorrenza⁹.

Ma l'obbligo di presentazione del *passé sanitaire* incide significativamente anche sui rapporti di lavoro, prevedendosi per i lavoratori, obbligati a dotarsi di tale certificazione in base alla legge e che non presentano il *passé* al datore di lavoro, la possibilità di sospendere il contratto di lavoro, a cui si accompagna l'interruzione del versamento dello stipendio, sino a quando il documento non venga effettivamente prodotto; tutto ciò, con una serie di garanzie a tutela del lavoratore stesso (quali la scelta di utilizzare, d'accordo con il datore di lavoro, giorni di riposo o di ferie retribuite, al posto della presentazione del *passé*, o l'obbligo per il datore di lavoro, quando la situazione di inadempimento si prolunga per una durata

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”.

⁹ In particolare questa regolamentazione è resa immediatamente applicabile al pubblico, dal 30 agosto 2021, anche “aux personnes qui interviennent dans ces lieux, établissements, services ou événements lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue”, e dal 30 settembre 2021 ai minori di più di dodici anni.

maggiore di tre giorni lavorativi pieni, di convocare il lavoratore per esaminare con lui il modo di regolarizzare tale situazione, anche destinandolo temporaneamente a un posto non sottoposto all'obbligo di presentazione del *passee sanitaire*¹⁰). Se questa disposizione riguarda, indistintamente, tutti i lavoratori a tempo indeterminato o determinato che sono obbligati a presentare il *passee sanitaire*, una successiva, specifica, norma ha previsto, invece, la possibilità di una risoluzione anticipata del contratto a tempo determinato o di “un contrat de mission” di natura temporanea, in deroga alla disciplina del codice del lavoro.

Infine, a parte alcune disposizioni di minore rilievo in tema di *passee sanitaire*, a completare la disciplina concernente questo documento la legge ha stabilito tutta una serie di sanzioni di natura penale (sino a un anno di detenzione e a novemila euro di multa) e/o amministrativa sia per l'esercente di un servizio di trasporto, per il mancato controllo della detenzione del documento per chi accede al servizio, sia per l'esercente di un luogo o di uno stabilimento o per il personale responsabile di un evento, che non ha disposto il controllo del *passee sanitaire* per chi vuole accedere al luogo, stabilimento o evento, prevedendosi, in questo secondo caso, anche la diffida a provvedere, da parte dell'autorità amministrativa, verso l'esercente che non abbia dato adempimento agli obblighi previsti dalla legge, e, in caso di infruttuoso sollecito, la sanzione amministrativa della chiusura del luogo, dello stabilimento o dell'evento (e della conseguente attività) sino a un massimo di sette giorni.

4. Il *passee sanitaire* “rinnovato” dinanzi al *Conseil constitutionnel*

Il ventaglio di diritti e libertà costituzionalmente garantiti, attraversato dalla disciplina ora esaminata, appare davvero molto ampio, ed è proprio evocando, via via, la violazione di alcuni di questi diritti e libertà che sono state costruite, in particolare, le tre *saisines* parlamentari che hanno contestato la conformità a Costituzione di numerose disposizioni della legge (la *saisine* del Primo ministro infatti, come già ricordato, ha cercato semmai di corroborare quanto previsto dalla legge, così come hanno fatto le *Observations* presentate il 29 luglio 2021 alla cancelleria del *Conseil*, per ribattere, colpo su colpo, i motivi di ricorso sollevati dai deputati e senatori ricorrenti).

Il *Conseil constitutionnel*, al di là della dichiarazione di incostituzionalità di una macroscopica violazione del principio di uguaglianza, da parte della disposizione che prevedeva di poter licenziare soltanto i lavoratori con contratto a tempo determinato o interinali, e di una riserva interpretativa riguardante chi può effettivamente disporre il controllo dell'effettiva detenzione del *passee sanitaire*, per accedere a luoghi, stabilimenti, servizi o eventi, che saranno tra breve analizzate (si vedano i sottoparagrafi *b* e *c*), ha rigettato una dopo l'altra le diverse contestazioni mosse dai ricorrenti a

¹⁰ Analoga disciplina è prevista per il pubblico ufficiale obbligato a presentare il *passee sanitaire*, in base alla legge.

numerose disposizioni della legge concernenti il *passee sanitaire* (sottoparagrafo a).

4.1. *La sua conformità costituzionale rispetto a diversi diritti e libertà costituzionalmente garantiti*

Cominciando proprio dalle diverse dichiarazioni di conformità alla Costituzione, il *Conseil* ha riunito i motivi di ricorso anche attorno a gruppi di diritti e libertà o a singoli diritti o libertà.

Così è avvenuto, in primo luogo, per *la libertà di circolazione* (la “liberté d’aller et de venir”), *il diritto di riunione, il diritto al rispetto della vita privata e il diritto di espressione collettiva delle idee e delle opinioni*, trattate insieme e certamente lese dalle disposizioni della legge che subordinano l’ingresso a luoghi, stabilimenti, servizi e eventi al possesso del *passee sanitaire*¹¹, ma che in base al generale potere di apprezzamento del legislatore – che ribadendo una consolidata giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* non può mai essere rimesso in discussione, se non in presenza di una valutazione politica manifestamente inadeguata – ha trovato un soddisfacente punto di equilibrio (“une conciliation équilibrée” tra le diverse esigenze costituzionali)¹², per perseguire l’obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute¹³. Curiosamente, poi, nonostante nella legge modificata sia venuto espressamente meno il riferimento all’esistenza di “grands rassemblements de personnes”, il *Conseil* ha ripreso la stessa motivazione contenuta nella sua decisione del 31 maggio 2021, e cioè che il legislatore avrebbe riservato l’applicazione delle misure che subordinano l’ingresso in luoghi, stabilimenti, servizi o eventi “à des activités qui mettent en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu et présentent ainsi un risque accru de transmission du virus”¹⁴. Quanto al tipo di bilanciamento operato dal Parlamento, il *Conseil* ha valorizzato in particolare le numerose garanzie poste attorno all’applicazione delle misure che subordinano l’accesso a luoghi di cura in senso ampio, piuttosto che ai centri commerciali e ai grandi magazzini, o agli spostamenti con trasporto pubblico interregionale, misure che, per chi non detiene il *passee sanitaire*, non hanno l’effetto “de limiter l’accès aux soins”, che permettono comunque di acquistare beni e servizi di prima necessità e di viaggiare in caso d’urgenza. In un ulteriore passaggio, considerando le tre certificazioni alternative che costituiscono il *passee sanitaire*, il *Conseil* ha anche evidenziato che le disposizioni contestate non instaurano né un obbligo di cura, né un obbligo

¹¹ Vedi punto 37 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021: “Ces dispositions, qui sont susceptibles de limiter l’accès à certains lieux, portent atteinte à la liberté d’aller et de venir et, en ce qu’elles sont de nature à restreindre la liberté de se réunir, au droit d’expression collective des idées et des opinions”.

¹² Vedi punto 48 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

¹³ Vedi punti 29 e 38 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

¹⁴ Vedi punto 41 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021. Ma vedi già il punto 17 della *décision* n° 2021-819 DC del 31 maggio 2021: “le législateur a entendu limiter l’application des dispositions concernées aux cas où il est envisagé de mettre en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu”.

di vaccino, ricordando che la legge prevede che con decreto, adottato dietro parere dell'*Haute autorité de santé*, sono individuati i casi in cui esistono controindicazioni mediche alla vaccinazione, prevedendosi per chi non può vaccinarsi il rilascio di un documento sostitutivo del *passé sanitaire*.

Anche le possibili violazioni della *libertà di impresa* sono state rigettate dal *Conseil constitutionnel*; i ricorrenti in particolare contestavano la legittimità costituzionale della disposizione che obbliga gli esercenti di un luogo o di uno stabilimento o i responsabili di un evento a controllare il possesso del *passé sanitaire*, in formato elettronico o cartaceo, obbligo che avrebbe finito per determinare costi materiali e umani aggiuntivi, per la necessità di formare e assumere per esempio nuovo personale adibito al controllo del *passé*¹⁵, costi ulteriori tutti a carico dei proprietari ed esercenti. Ma, pur riconoscendo l'esistenza di "une charge supplémentaires pour les exploitants", il *Conseil* ha affermato, forse anche un po' troppo ottimisticamente, che la verifica della situazione di ciascun cliente può essere realizzata rapidamente e quindi che le disposizioni contestate non possono rappresentare "une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre"¹⁶.

Alcune doglianze, poi, riguardavano, la violazione del *principio di proporzionalità delle pene*, chiedendosi al *Conseil constitutionnel* di verificare, in un campo rimesso ancora una volta al pieno apprezzamento del legislatore, "l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue", in riferimento alle disposizioni della legge che stabiliscono rigorose sanzioni amministrative e penali per chi si sottrae all'obbligo di controllare il possesso del *passé sanitaire*. Limitandosi soltanto a ripercorrere nella decisione i diversi passaggi delle disposizioni di legge contestate e senza aggiungere alcun elemento di motivazione, il *Conseil constitutionnel* ha affermato lapidariamente che, in riferimento alla natura del comportamento represso, "les peines instituéés ne sont pas manifestement disproportionnées", dovendosi quindi escludere qualsiasi "méconnaissance" del principio di proporzionalità delle pene¹⁷.

Nell'ambito del *diritto al lavoro*, del *principio di uguaglianza* e del *principio di uguale accesso ai pubblici impieghi*, e degli obblighi imposti a certe categorie di lavoratori e di funzionari pubblici di dotarsi del *passé sanitaire*, infine, a parte la dichiarazione di incostituzionalità che sarà subito analizzata, i ricorrenti avevano contestato la legittimità del procedimento che può portare alla sospensione del contratto di lavoro e dello stipendio, senza prevedere alcun tipo di compensazione all'interruzione stipendiale determinata dalla sospensione del contratto di lavoro medesimo; ma anche in questo caso il *Conseil constitutionnel*, richiamando una volta di più il perseguimento dell'obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute, ha rigettato i ricorsi¹⁸.

¹⁵ Vedi la *saisine* dei deputati, presentata alla cancelleria del *Conseil constitutionnel* il 26 luglio 2021, 8-9.

¹⁶ Vedi punti 62 e 63 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

¹⁷ Vedi punti 65 e seguenti della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

¹⁸ Vedi punti 71 seguenti della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

4.2. Una dichiarazione di incostituzionalità abbastanza prevedibile in materia di rapporti di lavoro

Sempre nell'ambito del rapporto di lavoro, privato e pubblico, il *Conseil constitutionnel*, in modo del tutto condivisibile, ha dichiarato contraria alla Costituzione quella disposizione della legge che discriminava i lavoratori con contratto a tempo determinato o di missione, che su iniziativa del datore di lavoro potevano essere licenziati, in mancanza della presentazione del *pass sanitaire*. Come rilevato dalla dottrina francese in un primo commento della decisione, si è trattato di un "caso di scuola di violazione del principio di uguaglianza per come interpretato costantemente dal *Conseil constitutionnel*"¹⁹: il legislatore, infatti, obbligando una serie di lavoratori alla presentazione del *pass sanitaire* ha avuto come sua finalità quella di limitare la propagazione del virus, al cui rischio di contaminazione o di trasmissione sono potenzialmente esposti tutti i lavoratori, indipendentemente dalla natura del loro contratto di lavoro, a tempo indeterminato o meno. La disciplina legislativa contestata, quindi, determina "une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leur contrat de travail qui est sans lien avec l'objectif poursuivi"²⁰. Stupiscono abbastanza, allora, le motivazioni con cui il Governo ha cercato di difendere la legittimità costituzionale di questa disciplina discriminatoria, individuando nella mancata presentazione del *pass sanitaire* da parte del lavoratore a tempo determinato una mera nuova causa di licenziamento che la legge avrebbe introdotto e affermando anche la possibilità, comunque prevista dal diritto comune, di considerare il rifiuto di presentare il *pass* "une cause réelle et sérieuse de licenciement", pure nei confronti di un lavoratore a tempo indeterminato²¹.

4.3. Una piccola riserva interpretativa in tema di rispetto del principio di uguaglianza

Utilizzando la consueta tecnica delle decisioni contenenti una riserva di interpretazione, tecnica impiegata abbastanza frequentemente nella sua giurisprudenza in tema di Covid-19, il *Conseil constitutionnel* ha esaminato alcune doglianze che riguardavano la violazione del principio di uguaglianza, di cui all'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (la legge "deve essere la medesima per tutti, sia che protegga, sia che punisca"). Per tutte queste contestazioni, il *Conseil* ha escluso l'esistenza di un disconoscimento del principio di uguaglianza (in riferimento per esempio

¹⁹ Così S. Benzina, *La "petite" décision du Conseil constitutionnel relative au "pass sanitaire"*, cit., 5. Di una "evidente irrazionalità di tale discriminazione", ha scritto invece P. Costanzo, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, cit., III.

²⁰ Vedi punto 78 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

²¹ Si vedano le "Observations du Gouvernement sur la loi relative à la gestion de la crise sanitaire", presentate alla cancelleria del *Conseil* il 28 luglio 2021, 13. Durante i lavori parlamentari peraltro si era esplicitamente escluso che l'ipotesi di licenziamento, inizialmente paventata, potesse riguardare i lavoratori a tempo indeterminato.

alla differenza prevista riguardo all'obbligo di presentare il *passé sanitaire* per accedere a un negozio presente all'interno di un centro commerciale e a un negozio perfettamente uguale, ma situato al suo esterno, differenza che ricade anche su chi lavora in questi esercizi commerciali, o alla circostanza che il *passé* avrebbe potuto penalizzare, se inteso solo come certificato vaccinale, chi non avesse ancora potuto beneficiare del vaccino o avesse ricevuto un vaccino non omologato dall'Agenzia europea del farmaco)²², con l'eccezione di una riserva, ritenuta già di "incerta portata"²³, posta riguardo al controllo dell'effettivo possesso del documento da parte delle forze dell'ordine o degli esercenti di luoghi, stabilimenti, servizi o eventi, controllo che dovrà avvenire "qu'en se fondant sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes"²⁴.

5. Gli altri profili di costituzionalità riguardanti la legge del 25 luglio 2021 affrontati dal *Conseil constitutionnel*. Cenni

Come si accennava già in esordio di queste note, le modifiche alla "loi n° 2021-689 du 31 mai 2021", approvate con la legge n° 2021-1040 del 5 agosto 2021, non hanno riguardato soltanto l'estensione del campo di applicazione del *passé sanitaire*, ma hanno anche definito ulteriori misure per gestire l'uscita dalla crisi sanitaria, alcune delle quali, come si vedrà ora brevemente, sono state contestate dinanzi al *Conseil constitutionnel* nella decisione qui in commento.

Per un verso, il *Conseil* ha dichiarato contrarie alla Costituzione le disposizioni della legge che stabilivano, in modo del tutto automatico e con la previsione di una sanzione penale in caso di inadempimento, l'obbligo per tutte le persone risultate positive al Covid-19 di mettersi in "auto isolamento" per una durata non rinnovabile di dieci giorni "dans le lieu d'hébergement qu'elles déterminent". Tale disposizione davvero *sui generis* si distingueva da tutte le misure analoghe che nel contesto dello stato di urgenza sanitaria avevano coinvolto nei mesi precedenti autorità amministrative come il prefetto e il "directeur général de l'agence régionale de santé", senza lasciare spazio ad alcuna valutazione della situazione personale della persona obbligata a mettersi in isolamento automatico, da parte dell'autorità amministrativa o giudiziaria. Solo dopo essere stata messa in isolamento, *a posteriori*, quella persona poteva richiedere, infatti, anche con un ricorso giurisdizionale, il miglioramento delle condizioni di isolamento o la revoca di questa situazione di privazione della libertà; secondo il *Conseil* le disposizioni impugnate, pur perseguendo l'obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute, contrastano con la Costituzione, perché non

²² Vedi punti 50, 51, 52, 53 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

²³ Così S. Benzina, *La "petite" décision du Conseil constitutionnel relative au "passé sanitaire"*, cit., 5.

²⁴ Vedi punto 54 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

assicurano la necessità, l'adeguatezza e la proporzionalità della limitazione della libertà²⁵.

Per altro verso, questa parte della decisione, non direttamente riguardante le disposizioni della legge sul *passé sanitaire*, contiene altre due riserve interpretative che devono essere ricordate per cenni.

La prima di esse circonda la norma di legge che reprime, con una sanzione penale di tre anni di reclusione, il rifiuto di un cittadino straniero di sottomettersi agli obblighi sanitari necessari a dare esecuzione al provvedimento di allontanamento che lo riguarda, di un'interpretazione che, oltre a specificare che l'espressione obblighi sanitari non significa obbligo di farsi vaccinare, ma solo di sottoporsi a un test di individuazione del Covid-19, lascia al giudice penale il potere di verificare la "réalité" del rifiuto opposto dallo straniero perseguito e la sua effettiva intenzione di volersi sottrarre all'esecuzione d'ufficio della misura di allontanamento, così permettendo di affermare la non contrarietà di questa disposizione al principio di proporzionalità della pena²⁶.

La seconda riserva è posta, invece, in riferimento alle disposizioni della legge che allungano da tre a sei mesi, dopo la loro raccolta, la durata della conservazione massima dei dati di salute di chi, essendo risultato positivo a un test, può così disporre "d'une preuve virologique d'infection récente", richiamando, per assicurare il diritto al rispetto della vita privata, un'interpretazione data dal *Conseil constitutionnel* in una sua precedente decisione, sulle modalità strettamente confidenziali di raccolta, di trattamento e di condivisione delle informazioni e sull'esistenza di forme di ricorso in via amministrativa²⁷.

Soprattutto, però, il *Conseil constitutionnel* rigetta tutte le contestazioni mosse contro la procedura di adozione dell'insieme della legge o di particolari sue disposizioni, nel nome dei principi di chiarezza e sincerità del dibattito parlamentare e di riconoscimento del potere di presentare emendamenti, potenzialmente "strozzato" dai tempi rapidissimi della sua approvazione (spicca non a caso un passaggio in cui si riconosce la "particolare brevità" di tutti i termini di approvazione della legge all'Assemblea nazionale e al Senato, in riferimento al deposito di emendamenti parlamentari al progetto di legge)²⁸ e in merito alla proroga dello stato d'emergenza sanitaria in certi Territori d'oltre mare e del regime di gestione dell'uscita dall'emergenza sanitaria. Ciò avviene riaffermando un elemento persistente di tutta la giurisprudenza costituzionale in tema di Covid-19, che in ultimo era stato ribadito anche nella *décision* n° 2021-819 DC del 31 maggio 2021, ossia che è il legislatore e non l'organo di giustizia

²⁵ Punti 114 et 117 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

²⁶ La riserva è al punto 95 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021.

²⁷ Punti 103 e 106 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021; la pronuncia cui il *Conseil* si riferisce è la *décision* n° 2020-800 DC dell'11 maggio 2020.

²⁸ Punto 10 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021. Si noti che la legge è stata approvata in meno di una settimana, con riunioni "fiume" anche notturne: vedi la *saisine* dei deputati, presentata alla cancelleria del *Conseil constitutionnel* il 26 luglio 2021, 1-2.

costituzionale, con il suo generale potere di valutazione, a dover conciliare l'obiettivo di valore costituzionale di protezione della salute con il rispetto di tutti gli altri diritti e libertà riconosciuti a coloro che risiedono nel territorio francese: se quella valutazione compiuta dal legislatore non è manifestamente inadeguata, ma proporzionata e necessaria per affrontare la situazione del caso (la catastrofe sanitaria ancora in gran parte dei Territori d'oltre mare, piuttosto che un importante rischio di diffusione del contagio, raffrontato ai ritmi della campagna vaccinale e alla propagazione delle varianti del virus, nella Francia metropolitana), il *Conseil constitutionnel* deve fermare il proprio controllo di costituzionalità²⁹.

6. Alcune prime osservazioni conclusive

Quali considerazioni si possono trarre ancora dalla decisione che si sta finendo di commentare, da collocare nel solco di un insieme di pronunce ritenute “straordinarie”³⁰ del *Conseil constitutionnel*, da quando è scoppiata la pandemia, e al fine di provare a tracciare la rotta di futuri arresti dell'organo di giustizia costituzionale francese?

Intanto si potrebbe osservare che nessuna delle tre *saisines* parlamentari, che hanno dato origine alla pronuncia, ha sollevato profili di costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione, previsto per tutta una serie di professionalità che operano in ambito sanitario e per altre categorie di lavoratori (come i vigili del fuoco) dall'art. 12 della legge oggetto di giudizio³¹, mentre è stato sulla legittimità costituzionale del *passé sanitaire* che si sono appuntati tutti i rilievi di costituzionalità, seppure quasi integralmente rigettati dal *Conseil*, secondo quanto si è visto in precedenza nel paragrafo 4, come se si ritenesse costituzionalmente inattuabile la scelta di sottoporre obbligatoriamente a vaccino oggi intere categorie di lavoratori e magari domani la totalità dei cittadini francesi.

Poi merita riflettere ancora sul significato dell'obiettivo di valore costituzionale rappresentato dalla protezione della salute³², sancito dall'articolo 11 del Preambolo della Costituzione del 1946 e che viene

²⁹ Quanto evidenziato nel testo è ripreso in vari passaggi della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021, tra i punti 21 e 30.

³⁰ Così J.P. DEROSIER, *Identification d'un mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire*, cit., 99.

³¹ La sola eccezione mossa dai ricorrenti, senza contestare “nullement l'obligation vaccinale, *a fortiori* en ce qu'elle concerne le personnel soignant, c'est bien son application immédiate, sans aucune délai de carence” (vedi la *saisine* dei senatori dei gruppi parlamentari “Socialiste, Ecologiste, Républicain”, “Républicain, Citoyen et Ecologiste” e “Ecologiste, Solidarité et Territoires”, presentata alla cancelleria del *Conseil constitutionnel* il 26 luglio 2021, 19), e quindi l'art. 14 della legge, ritenuto peraltro anch'esso conforme a Costituzione (vedi punti 120-124 della *décision* n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021).

³² Per un primo sviluppo di queste considerazioni, vedi G. Grasso, in G. Grasso, M. Kordeva, *La loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 27 mai 2021 devant le Conseil constitutionnel: quelques réflexions d'ensemble sur la décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021*, cit., paragrafo 2.

menzionato ben dieci volte all'interno della pronuncia, per essere utilizzato in ripetute operazioni di bilanciamento con le diverse libertà costituzionali coinvolte, salvaguardando costantemente l'equilibrio talora ardito³³ raggiunto dal legislatore e riconoscendo quasi sempre la priorità della protezione della salute, soprattutto in certi momenti più critici di un'emergenza sanitaria davvero eccezionale per il mondo intero. La domanda che è naturale porsi è se questo approccio, determinando il necessario asservimento di tutti i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti alla protezione della salute, non abbia reso questo obiettivo supremo, se non tirannico, per dirla utilizzando un conosciuto linguaggio della Corte costituzionale italiana. Proprio commentando la decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021, si preferì però parlare di un "principio cardinale che giustifica delle restrizioni eccezionali" delle libertà, evidenziando al contempo che la protezione della salute non soppianterebbe tutte le regole costituzionali, sia per il carattere temporaneo delle restrizioni delle libertà, sia per tutta una serie di dichiarazioni di incostituzionalità e di decisioni contenenti riserve interpretative (alcune delle quali adottate anche nel corso della sentenza che si sta commentando) che avrebbero permesso di attenuare il carattere altrimenti assoluto della preminenza della protezione della salute pubblica³⁴. Una crisi sanitaria infinita come quella del Covid-19 dimostra, d'altra parte, che riporre un'eccessiva fiducia sulla natura provvisoria di una certa disposizione di legge non è mai troppo rassicurante, perché in Francia, come in Italia, la continua e imprevedibile evoluzione del contagio e delle varianti del virus ha portato a prorogare, allungare o rinnovare termini, scadenze, effetti delle più disparate misure di restrizione di diritti fondamentali. Attraverso le dichiarazioni di incostituzionalità delle disposizioni di legge impugnate dinanzi a esso, poi, il *Conseil constitutionnel* è come se vedesse soltanto la punta dell'iceberg, fermandosi sul crinale di quella che in Italia chiameremmo la manifesta irragionevolezza della scelta legislativa e senza esercitare, invece, quello che è stato qualificato come "un véritable contrôle de nécessité"³⁵, capace di dimostrare che il legislatore, anche per perseguire un obiettivo di valore costituzionale così rilevante come quello della protezione della salute, avrebbe potuto scegliere diversamente, adottando misure meno suscettibili di compromettere l'esercizio di altre libertà costituzionali. Infine, quanto alla variegata tipologia delle decisioni

³³ Precario si è detto in dottrina: vedi M. VERPAUX, *Le déconfinement partiel devant le Conseil constitutionnel*, cit., 2277.

³⁴ Così J.P. Derosier, nell'intervista di A. Le Corre, *Passe sanitaire: "La protection de la santé est devenu un principe cardinal pour le Conseil constitutionnel"*, cit., 4.

³⁵ La citazione e l'impostazione del ragionamento sono di S. Benzina, *La "petite" décision du Conseil constitutionnel relative au "pass sanitaire"*, cit., 3-4, che in particolare sembra ritenere che il *Conseil* avrebbe potuto interrogarsi sull'alternativa tra il *pass sanitaire*, misura di eccezione nel diritto francese, e l'obbligo vaccinale vero e proprio, misura di diritto comune, che risulterebbe meno lesivo dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti, in quanto non sarebbe applicato "qu'a la portion minoritaire de la population toujours réticente à la vaccination sans entraver les libertés de la majorité", che accetta senza problemi l'obbligatorietà del vaccino.

contenenti riserve interpretative, esse certamente rappresentano un effettivo (forse ultimo) baluardo anche per frenare eventuali derive assolutiste dell'obiettivo di protezione della salute, benché talora il loro significato resti incerto, “nuancé” direbbero i francesi, essendo comunque rimesso al *Conseil constitutionnel*, sempre preoccupato di non toccare “le pouvoir général d'appréciation” del legislatore, il compito di individuare la gradazione della riserva medesima, neutralizzando la portata giuridica di una disposizione di legge, restringendo il suo ambito di applicazione, specificando in modo dettagliato come la disposizione dovrà essere effettivamente applicata³⁶.

Ma forse al di là di tutti i bilanciamenti che si devono necessariamente chiedere prima al decisore politico (in Francia, evidentemente riferendosi anche al Presidente, accanto a Parlamento e Governo) e poi all'organo di giustizia costituzionale (che nel caso francese ha certamente armi più spuntate³⁷ di una Corte costituzionale italiana o di un *Bundesverfassungsgericht* tedesco), a garanzia del raggiungimento del miglior punto di equilibrio costituzionalmente possibile tra tutti i valori coinvolti, non si può non prendere atto che quella che stiamo vivendo ormai dal febbraio del 2020 è una situazione così straordinaria e nuova da aver cambiato definitivamente molti paradigmi anche del nostro modo di vivere e non solo del sistema normativo che ci circonda; limitando solo il discorso alla Francia, con uno sguardo rivolto all'Italia, le decine di migliaia di persone decedute per il Covid-19 in più di un anno e mezzo non possono non far ricordare che è il diritto alla vita, sotteso alla protezione della salute, che deve essere in ultima istanza costituzionalmente preservato, anche in confronto al sacrificio che altre libertà fondamentali vengono ragionevolmente a sopportare³⁸.

Difficile prevedere, però, alla luce della decisione oggetto di questo commento, se dalla giurisprudenza futura del *Conseil constitutionnel*, magari sollecitato anche per la via di qualche questione prioritaria di costituzionalità, potranno giungere novità tali da spostare, all'esito di un eventuale differente bilanciamento, il complesso punto di equilibrio raggiunto dal legislatore e su cui si è ragionato anche con queste note³⁹.

³⁶ Così autorevolmente nella manualistica francese l'impostazione di F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 33^e édition, L.G.D.J., Paris, 2012, 855.

³⁷ Senza però rischiare di essere percepito come “une simple chambre d'enregistrement” di quanto ha deciso il legislatore, come non sembra invece escludere 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, 2, di fronte a una situazione d'urgenza che sembra non finire mai, rischiando di diventare permanente.

³⁸ Sul rischio che lo stesso diritto alla vita possa diventare “un droit fondamental au carré qui balaiterait tous les autres libertés et les sacrifierait sur l'autel ultime d'une valeur absolue”, vedi però M. Kordeva, in G. Grasso, M. Kordeva, *La loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 27 mai 2021 devant le Conseil constitutionnel: quelques réflexions d'ensemble sur la décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021*, cit., paragrafo 4.

³⁹ L'ipotesi non è esclusa da M. Kordeva, in G. Grasso, M. Kordeva, *La loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 27 mai 2021 devant le Conseil constitutionnel: quelques réflexions d'ensemble sur la décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021*, cit., paragrafo 4.

Oltre la pronuncia del *Conseil constitutionnel* è, evidentemente, alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 agosto 2021 che va fatto un brevissimo cenno finale. La Corte, riunita nella composizione di camera di sette giudici, ha respinto un ricorso presentato da 672 vigili del fuoco professionali e volontari francesi con cui, invocando l'urgenza e la violazione degli articoli 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in tema di diritto alla vita e diritto al rispetto della vita privata e familiare, si chiedeva di sospendere l'obbligatorietà del vaccino, prevista per questa categoria di lavoratori dall'art. 12 della legge n° 2021-1040 del 5 agosto, oltre che le disposizioni che stabiliscono il divieto di lavorare e l'interruzione del pagamento della remunerazione, per chi, obbligato a vaccinarsi dalla legge, si rifiuta di farlo. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, le misure provvisorie richieste dai ricorrenti fuoriescono dal campo di applicazione dell'art. 39 del Regolamento della Corte, che prevede appunto la possibilità di adottare ogni misura provvisoria che si ritiene debba essere adottata nell'interesse delle parti e del buon svolgimento della procedura: "La Cour ne fait droit aux demandes de mesures provisoires qu'à titre exceptionnel, lorsque les requérants seraient exposés – en l'absence de telles mesures – à un risque réel de dommage irréparable", conclude il comunicato stampa della Corte al momento disponibile, in attesa di leggere le motivazioni integrali della pronuncia, ancora inedita⁴⁰.

Giorgio Grasso
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi dell'Insubria
giorgio.grasso@uninsubria.it

⁴⁰ Il testo del comunicato stampa è rinvenibile al sito: olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=26323:ceducom_m2582021&catid=81&Itemid=142

