

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE  
DEL LAZIO

Ricorso

Nell'interesse dell'Associazione **Avvocati Liberi - United Lawyers for Freedom** (da qui in avanti ALI), in persona del legale rappresentante *pro tempore* Avv. Angelo Di Lorenzo (c.f. DLRNGL73P17Z602V), con sede legale in via Antonio Pollaiuolo n. 5 (c.f. 9650048585 – p.e.c. *avvocatiliberi@pec.it*, Fax 068412354), ivi elett.te domiciliata unitamente ai propri difensori Avv. Monica Ghiloni del Foro di Massa Carrara (c.f. GHLMNC78B54B832X, p.e.c. *studio.monicaghiloni@pec.it*), Avv. Francesca Villa del Foro di Genova (c.f. VLLFNC92A50I829C, p.e.c. *francesca.villa@ordineavvgenova.it*) e dal Prof. Avv. Augusto Sinagra del Foro di Roma con studio ivi al Viale Gorizia 13 (c.f. SNGGST41M18C351J, p.e.c. *augustosinagra@ordineavvocatiroma.org*), dai quali è rappresentata e assistita giusta procura congiunta e disgiunta in calce al presente atto,

RICORRENTE

**Contro**

**Ministero della Salute**, con sede in Roma, via Lungotevere Ripa, n. 1, in persona del Ministro p.t., per la carica *ex lege* dom.to presso l'Avvocatura generale dello Stato con sede in Roma alla Via dei Portoghesi 12,

RESISTENTE

**Per l'annullamento**

dell'Ordinanza del Ministero della Salute del 28 aprile 2023, pubblicata in data 29 aprile 2023 (G.U. Serie Generale del 29 aprile 2023) recante *"Misure Urgenti in materia di contenimento e gestione dell'epidemia da Covid-19 concernenti l'utilizzo dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie"* (Doc. 1), per i seguenti

**Motivi**

1. **Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 commi 1, 2 e 4 dell'ordinanza impugnata in relazione all'art. 32 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 ed all'art. 10bis del D.L. n. 52/2021; Illegittimità per violazione degli artt. 3, 4, 13, 16, 23, 32, 97 Cost.; violazione di diritti e libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario di cui all'art. 3, 8, 13 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; Violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; Eccesso di potere per contraddittorietà manifesta nell'esercizio del potere amministrativo; violazione e falsa applicazione del principio di proporzionalità e adeguatezza; illegittimità per carenza ed eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed ingiustizia e per contraddittorietà con le indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità; illegittimità per difetto di motivazione; violazione e falsa applicazione dei principi di tipicità, della riserva di legge, del principio di determinatezza, di ragionevolezza e precauzione; difetto di istruttoria, sviamento dalla causa tipica ed eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed inconferenza rispetto ai profili di carattere tecnico scientifico applicabili alla misura ed alle evidenze epidemiologiche.**
2. **Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 comma 5 dell'ordinanza impugnata in relazione all'art. 23, 32 e 97 Cost; violazione del decreto-legge 31 ottobre 2022 n. 162 convertito con modificazioni dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199 e dei limiti temporali per il legittimo**

**esercizio della delega stabiliti dal decreto-legge 24 marzo 2022 n. 24 convertito con modificazioni dalla L. 19 maggio 2022, n. 52.**

\*

#### **Fatto**

- Con Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 è stato dichiarato lo stato di emergenza ai sensi dell'art. 7, c.1, lett. c) e dell'art. 24, c. 1 del D. Lgs n. 1/2018, in conseguenza del rischio sanitario dovuto alla diffusione del *virus Sars-Cov-2*.
- Con dichiarazione del 11 marzo 2020, il Direttore Generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità ha qualificato "pandemia" la situazione epidemiologica dell'epoca in essere in relazione alla diffusione del virus Sars-Cov.2.
- In data 31 marzo 2022 è venuto meno in Italia lo stato di emergenza dichiarato il 31 gennaio 2020, per la recessione della diffusione del virus Sars-Cov.2.
- Dopo due anni di "stato di emergenza", l'art. 1 del decreto-legge 24 marzo 2022 n. 24 convertito con modificazioni dalla L. 19 maggio 2022, n. 52, recante "*Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza*", ha disciplinato il rientro graduale nell'ordinario anche attraverso l'attribuzione espressa al Ministro della Salute del potere di ordinanza - sino al 31 dicembre 2022 e con le modalità descritte dall'art 10bis decreto-legge 22 aprile 2021 n. 52 convertito con modificazioni dalla L. 17 giugno 2021, n. 87- al fine di adottare, nel rispetto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità, le misure necessarie per garantire lo svolgimento in sicurezza dei servizi, delle attività economiche, produttive e sociali (lett.a art. 10bis. cit.) e degli spostamenti (lett.b art. 10bis cit.).
- Con dichiarazione del Direttore Generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 5 maggio 2023, ampiamente anticipata dalle fonti aperte, la situazione epidemiologica dovuta alla circolazione del *virus Sars-Cov-2* non è più considerata una pandemia.
- Con l'ordinanza impugnata il Ministro della Salute impone ai lavoratori, agli utenti e ai visitatori delle strutture sanitarie pubbliche e private l'utilizzo dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie (c.d. mascherine) all'interno dei reparti che ospitano pazienti fragili, anziani o immunodepressi, specialmente se ad alta intensità di cura (art. 1 comma 1), mentre delega alla discrezione delle direzioni sanitarie la decisione sull'utilizzo dei medesimi dispositivi nei reparti delle strutture sanitarie diversi da quelli indicati al comma 1 e nelle sale di attesa (art. 1 comma 2), nonché delega i medici di medicina generale ed i pediatri di libera scelta alla decisione di imporre l'utilizzo della mascherina nei propri studi e ambulatori (art. 1 comma 4), nonché delega le Direzioni Sanitarie – pubblici e privati - e le Autorità regionali a decidere se imporre l'esecuzione di tampone diagnostico per l'accertamento dell'infezione da SARS-CoV-2 ai fini dell'accesso ai Pronto Soccorso (art. 1 comma 5).

\*

### Premesso che

- ALI è un'associazione culturale composta da giuristi e avvocati del libero foro che persegue finalità di solidarietà sociale attraverso l'attivazione dei mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento per la difesa e la salvaguardia della personalità dello Stato e dei diritti inviolabili di ciascun cittadino (Doc. 2).
- In particolare, l'Art. 2 dello Statuto associativo prevede: « *L'Associazione vigila a che i privati, la pubblica amministrazione e, in generale, la Repubblica riconoscano e garantiscano i diritti inviolabili dell'uomo - articoli 4, 13 ss. della Costituzione della Repubblica - sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità - articoli 18, 19, 20, 29, 39, 45, 49; c.c. 14 ss., 2247 ss. -, richiedendo a tutti i soggetti obbligati, l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, nonché la rimozione degli ostacoli di ordine normativo, sociale o economico che limitano, di fatto, l'uguaglianza e la libertà delle persone. **In caso di pericolo di offesa o lesione dei diritti e dei principi perseguiti dallo scopo sociale, l'Associazione promuove qualsiasi azione legale consentita**, stragiudiziale (petizioni, diffide, proposte, raccolta firme, manifestazioni, richieste, divulgazioni, pubblicazioni, etc.) e **giudiziale** (citazioni, ricorsi, denunce, querele, costituzioni, impugnazioni, istanze, etc.), a difesa e tutela dello scopo sociale, con legittimazione ad agire, promuovere, resistere, costituirsi o intervenire come parte attiva o passiva di un qualsiasi rapporto processuale presso qualsiasi Autorità giudiziaria (interna, comunitaria o internazionale), di ogni natura (civile, penale, amministrativa, contabile, tributaria, comunitaria, internazionale), e parimenti presso qualsiasi Autorità Indipendente necessaria o strumentale alla tutela degli interessi e dei diritti dello Stato».*
- L'ordinanza impugnata si presenta manifestamente illegittima e lesiva dei valori fondamentali dell'Ordinamento, dei diritti e delle libertà fondamentali e inviolabili dell'uomo per i motivi di seguito esposti e, quindi, costituisce scopo sociale dell'Associazione che, in particolare, è titolare del dovere statutario e dell'interesse legittimo a salvaguardare, difendere e promuovere le libertà ed i diritti fondamentali dell'individuo di cui agli articoli 2, 3, 16, 23, 32, 41, 97 e 117 Cost. e di cui agli articoli 3, 8, 13, 14, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.
- ALI svolge, inoltre, la propria attività in forma associata e organizzata dal 2021 non in via meramente occasionale, a tutela di un interesse che, se «*proiettato nella dimensione collettiva diviene suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria, e che dunque si dota della protezione propria dell'interesse legittimo, sicché – per tornare alla critica mossa dall'orientamento giurisprudenziale citato, incentrata sull'asserita violazione dell'art. 81 cpc – seppur è lecito opinare circa l'esistenza o meno, allo stato dell'attuale evoluzione sociale e ordinamentale, di un interesse legittimo collettivo, deve invece recisamente escludersi che le associazioni, nel richiedere in nome proprio la tutela giurisdizionale,*

azionino un "diritto" di altri. La situazione giuridica azionata è la propria. Essa è relativa ad interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarna.» (C.d.S. Adunanza Plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6).

- È evidente che l'interesse legittimo alla tutela e alla difesa dei diritti fondamentali, alla conservazione dei principi portanti dell'ordinamento e dello Stato, si differenzia in capo all'Associazione (come dimostra lo scopo sociale) e, quindi, il relativo interesse legittimo si distingue dal semplice interesse diffuso alla legalità, divenendo la ragione e lo scopo proprio di ALI che è, perciò, legittimata ad agire in giudizio con ogni mezzo previsto dalla legge a tutela della propria posizione giuridica soggettiva (TAR Lazio sent. 2102/2021).
- Per altro verso, l'associazione ricorrente è composta da cittadini italiani singolarmente destinatari degli effetti della disposizione dell'ordinanza impugnata per il caso in cui si trovassero costretti a recarsi in un qualsiasi pronto soccorso o si trovassero ricoverati in uno dei reparti di cui al comma 1 dell'art. 1 cit., oppure si trovassero nella necessità di accedere in uno dei luoghi di cui ai commi 2, 4 o 5 del medesimo articolo 1, tanto che ciascuno dei membri dell'associazione ricorrente è portatore di un proprio interesse legittimo e, quindi, legittimato a ricorrere in proprio per opporsi a trattamenti sanitari imposti da fonti normative secondarie e di natura amministrativa.

\*

### Diritto

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 commi 1, 2 e 4 dell'ordinanza impugnata in relazione all'art. 32 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 ed all'art. 10bis del D.L. n. 52/2021; Illegittimità per violazione degli artt. 3, 4, 13, 16, 23, 32, 97 Cost.; violazione di diritti e libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario di cui all'art. 3, 8, 13 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; Violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; Eccesso di potere per contraddittorietà manifesta nell'esercizio del potere amministrativo; violazione e falsa applicazione del principio di proporzionalità e adeguatezza; illegittimità per carenza ed eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed ingiustizia e per contraddittorietà con le indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità; illegittimità per difetto di motivazione; violazione e falsa applicazione dei principi di tipicità, della riserva di legge, del principio di determinatezza, di ragionevolezza e precauzione; difetto di istruttoria, sviamento dalla causa tipica ed eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed inconferenza rispetto ai profili di carattere tecnico scientifico applicabili alla misura ed alle evidenze epidemiologiche.

- 1.1. L'obbligo di indossare i dispositivi medici di protezione delle vie respiratorie è stato imposto per la prima volta nel Decreto-Legge 23 febbraio 2020 n.6, poi convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020 n.13, ed è cessato definitivamente in data 31 dicembre 2022 in virtù del DL 24/22, per cui è evidente che oltre tale data, per la legge italiana, non si prevede – e la Costituzione non consente in assenza di una legge – l'imposizione ai cittadini di alcuna

prestazione obbligatoria di indossare le c.d. “mascherine” e, comunque, di sottoporsi a trattamenti sanitari obbligatori quali i test diagnostici invasivi con asportazioni di liquidi, sangue o mucose.

L’attribuzione di poteri di intervento eccezionali, *extra ordinem* per fronteggiare solo eventi straordinari, “è tipica e di **esclusiva fonte legislativa** che deve prevedere i presupposti tassativi, di stretta interpretazione, di pericolo per l’igiene, la sanità [...], pericolo che deve essere peraltro dotato del carattere di eccezionalità tale da rendere indispensabile interventi immediati ed indilazionabili” (v. tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2010, 868; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 15 ottobre 2012, n. 2006; Tar Campania, Napoli, sez. V, 13 giugno 2012, 2799; Tar Sardegna, sez. I, 30 novembre 2012, n. 1080; Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2012, n. 904).

La Corte costituzionale ha affermato, in più occasioni, l’imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale posto a base dello Stato di diritto (sent. 115/2011), che non consente «l’assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, con l’effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982).

La Costituzione italiana, ispirata ai principi fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge (art. 23) e che alcun trattamento sanitario possa essere imposto in assenza di una legge, e nemmeno la legge potrebbe imporlo senza rispettare la persona umana (art. 32).

La giurisprudenza costituzionale è unanime nel ritenere relativa la riserva di legge di cui all’art. 23 e 32 Cost. (per tutte sentenza n. 258 del 1994), nel senso che lascia all’autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, ma tale “relatività” non comporta la possibilità di una “delega in bianco” genericamente orientata ad un principio-valore, senza alcuna precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell’azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini (Corte Cost. sent. 5/2021) e, comunque, trattasi pur sempre di una riserva *rinforzata*, stante il necessario «rispetto della persona umana» prescritto dall’ultimo periodo dell’art. 32 secondo comma Cost., che costituisce il fondamento ed il controlimite all’azione della legge (Corte Cost. sent. 35/23).

La riserva di legge si estende tanto ai trattamenti, quanto agli accertamenti con finalità diagnostiche (come il test anti Sars-Cov-2) e «**la riserva di legge non sarebbe soddisfatta nell’ipotesi in cui il legislatore abbia delegato a fonti secondarie o ad atti amministrativi – e dunque non abbia esso stesso operato – la scelta «in punto di individuazione delle singole tipologie di trattamenti sanitari obbligatori»** (sent. 35 del 12.1.2023).

L'assenza di una norma primaria e dei limiti sostanziali, che non siano genericamente finalistici, non consente pertanto che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge.

Secondo la giurisprudenza costituzionale l'espressione «*in base alla legge*» contenuta nell'art. 32 Cost. (ma anche nell'art. 23 Cost.) si deve interpretare «*in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale*»; questo principio «*implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione*» (sentenza n. 190 del 2007; sentenza n. 290 del 1987; sentenza n. 4 del 1957).

La natura amministrativa del potere esercitato dal Ministro con l'ordinanza impugnata non soddisfa la riserva di legge in quanto non circoscrive la discrezionalità amministrativa nei rapporti dei cittadini con la legge, ma si pone come diretta fonte normativa, sostituendosi alla legge, senza aver ricevuto da quest'ultima alcuna delega o autorizzazione in tal senso.

La misura imposta dall'ordinanza impugnata incide, per la natura, le sue finalità sanitarie e per i suoi destinatari (le persone presenti in un dato territorio), sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare che, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti, impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni alle libertà personale degli obbligati.

Non è quindi sufficiente che la legge finalizzi il potere alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che venga determinato il suo esercizio nel contenuto e nelle modalità, anche in termini generici, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa: è la Legge che deve stabilire quale *determinato* trattamento sanitario può essere imposto ai sensi dell'art. 32 Cost. in deroga alla libertà di autodeterminazione.

Il potere di imporre un trattamento sanitario con dispositivi di protezione o con prelievi corporei non attiene alla discrezionalità del Ministro, bensì afferisce alla scelta del Legislatore di enunciare espressamente quale sia il «determinato» trattamento sanitario da imporre o quale sia la prestazione personale da esigere dai cittadini (art. 32 co. 2 – art. 23 Cost).

Anche l'art. 97 Cost. istituisce una riserva di legge relativa allo scopo di assicurare l'imparzialità della pubblica amministrazione, la quale può soltanto dare attuazione, anche con normative integrative, a quanto in via generale è previsto dalla legge a garanzia dei cittadini, i quali trovano protezione - rispetto a possibili discriminazioni - nell'affidamento

sul parametro legislativo, la cui osservanza deve essere concretamente verificabile in sede di controllo giurisdizionale (Corte Cost. sent. 115/2011).

L'assenza di una valida base legislativa da cui far scaturire il potere esercitato dal Ministro con l'ordinanza impugnata, così come incide negativamente sui diritti soggettivi e sulla garanzia di imparzialità della pubblica amministrazione, *a fortiori* lede il principio di eguaglianza dei cittadini, giacché comportamenti identici (non indossare la mascherina) potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio o dei vari luoghi sanitari periferici, pubblici o privati, in cui "esercita" o meno la delega ministeriale; non si tratta, in tali casi, di adattamenti o modulazioni di precetti legislativi generali in vista di concrete situazioni locali, ma di veri e propri trattamenti discriminatori, incidenti nella sfera generale di libertà di ciascun consociato, che possono consistere in fattispecie nuove ed inedite, liberamente configurabili dai direttori sanitari, dalle regioni, dai medici di medicina generale e dai pediatri di libera scelta senza alcuna fonte legislativa, come la prassi sta ampiamente dimostrando.

L'ordinanza impugnata non ha acquisito evidenze in ordine ad un supposto pericolo epidemiologico **imminente e contingente**, anche a livello locale, che consenta la valutazione in ordine ad una imposizione in modo indiscriminato su tutto il territorio nazionale dell'uso della mascherina ovvero la sottoposizione dei pazienti fragili, dei lavoratori e degli utenti per l'accesso alle strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali a trattamenti sanitari obbligatori "a spot".

Tale disparità di trattamento, se manca un punto di riferimento normativo per valutarne la ragionevolezza, integra la violazione dell'art. 3, primo comma Cost., in quanto consente all'autorità amministrativa o ai privati – nella specie dai soggetti indicati ai commi 1, 2, 4 e 5 dell'art. 1 dell'ordinanza impugnata – restrizioni diverse e variegate, frutto di valutazioni molteplici, non riconducibili ad alcuna matrice legislativa unitaria (sent. 115/2011).

La disposizione amministrativa in esame non presenta, dunque, alcuna copertura legale, mentre invece introduce in una situazione di normalità ostacoli all'uguaglianza e restrizioni fuori tempo e fuori legge, e con la dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza nazionale e della pandemia da parte dell'OMS, anche fuori contesto.

L'ordinanza impugnata, in definitiva, risulta emessa da una Autorità incompetente, in contrasto con la disciplina legale ed incidente sulla sfera dei diritti soggettivi costituzionalmente garantiti che non possono in alcun modo essere compressi per volontà e mano del Ministro della Salute.

\*

- 1.2. L'ordinanza impugnata è stata adottata dal Ministro della Salute richiamando nel preambolo l'art. 32 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833, la quale letteralmente dispone: «Il Ministro della Sanità può emettere ordinanze **di carattere contingibile e urgente**, in

*materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni».*

In linea generale, il potere di ordinanza è un potere straordinario ed eccezionale che consente all'Autorità cui è conferito di intervenire con atti (dal contenuto limitato nel tempo) volti ad arginare e/o contenere una situazione contingibile (che implica l'inesistenza di strumenti tipici e nominati per affrontare adeguatamente il pericolo), e urgente (per la materiale impossibilità di differire l'intervento), ovvero per fronteggiare situazioni di pericolo straordinarie non altrimenti risolvibili tramite gli strumenti ordinari.

L'art. 33 della Legge n. 833/1978, stabilisce che «Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari. Nei casi di cui alla presente legge [di necessità e urgenza] e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'articolo 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura».

Il potere di ordinanza, essendo appunto eccezionale e straordinario, è circoscritto dalla riserva al Legislatore entro i limiti non alternativi della contingibilità e dell'urgenza che la giurisprudenza identifica nei seguenti termini:

- l'evento che si fronteggia deve essere straordinario e imprevedibile (Cons. Stato, sez. II, 15 febbraio 2021, n. 1375; sez. V, 16 aprile 2019, n. 2495);
- la misura adottata deve essere necessariamente temporanea (Cons. Stato, sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474; Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8).

I poteri in materia di dispositivi e misure volte al contenimento dei contagi dal virus Sars-Cov.2 esercitati dal Ministero della Salute con l'ordinanza impugnata, quindi, non trovano la fonte nella già lata previsione dell'art. 32 L. n. 833/1978, ma semmai nella più specifica disciplina al tempo dell'emergenza sanitaria e, in particolare, nell'art. 10bis del D.L. n. 52/2021 che ha cessato di produrre i propri effetti al 31 dicembre 2022, termine previsto dalla legge stessa come sufficiente al consolidamento del rientro nell'ordinario.

Il provvedimento impugnato, tramite un uso distorto di strumenti straordinari, eccede nel reintrodurre una norma restrittiva che ha esaurito il suo scopo e che ha la conseguenza di "normalizzare" una situazione (normativa e sanitaria) "eccezionale" e transitoria.

L'ordinanza impugnata elude infatti la disciplina normativa del DL 24/2022 che dichiarava cessata l'emergenza sanitaria al 31 marzo 2022 e viola altresì la disciplina dell'art. 10bis DL 52/21 che tale potere attribuiva al Ministro sino al 31 dicembre 2022 per garantire un effettivo consolidamento del ripristino della normalità sanitaria e giuridica, nonché il definitivo superamento delle misure di contrasto alla diffusione del virus Sars-Cov-2.

L'ordine di indossare le mascherine in determinati ambienti imposto e/o delegato dall'Autorità amministrativa convenuta con l'ordinanza impugnata deve considerarsi giuridicamente inesistente per incompetenza assoluta, in quanto è stato impartito da un organo privo del potere necessario ed in contrasto con le anzidette disposizioni normative di fonte sovraordinata.

L'ordinanza ministeriale, del resto, emessa ai sensi e per gli effetti della Legge 833/78 non può arrivare al punto di imporre trattamenti sanitari obbligatori o imporre prestazioni personali in assenza di una legge che espressamente preveda le condizioni necessarie, perché altrimenti, così facendo, farebbe divenire l'intera normativa emergenziale *inutiliter data*, posto che si sarebbe potuto far ricorso tanto facilmente al potere di ordinanza senza ricorrere alla legge ed allo stato di eccezione.

Tanto ciò è vero che il medesimo Ministro della Salute, esattamente un anno prima, con ordinanza del 28 aprile 2022 recante "*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'epidemia da COVID-19 concernenti l'utilizzo dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie*" (GU Serie Generale n.100 del 30-04-2022), richiamando nel preambolo l'intera normativa emergenziale in materia - lasciando sullo sfondo l'art. 32 Legge 833/78 - imponeva direttamente e personalmente l'utilizzo delle mascherine (anche) nelle strutture sanitarie a partire dal 1 maggio 2022, senza delegare nessuno.

\*

- 1.3. L'ordinanza adottata dal Ministro della Salute in data 28 aprile 2023, al comma 1 dell'art. 1, impone ai lavoratori, agli utenti e ai visitatori delle strutture sanitarie all'interno dei reparti che ospitano pazienti fragili, anziani o immunodepressi, **per le motivazioni in premessa**, l'obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie (cd mascherine) in maniera del tutto contraddittoria con le premesse e contrariamente alla Legge, alla logica ed alle evidenze epidemiologiche.

Dalle "motivazioni di cui alla premessa", però, non si fa riferimento ad alcun evento **straordinario**, e nemmeno si indicano condizioni concrete **contingibili e urgenti**, mentre al giorno d'oggi la pericolosità del virus, la diffusività e l'allarme generato dalla sua diffusione sono condizioni storiche, scientifiche, giuridiche e normative oramai superate, con la definitiva benedizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che, in data 5 maggio 2023, ha dichiarato cessata la pandemia.

Siccome il potere di ordinanza presuppone necessariamente situazioni di pericolo effettivo non tipizzate dalla legge, la sussistenza dell'urgenza deve essere prima di tutto contingibile, cioè evidente e suffragata da istruttoria **adeguata nonché congruamente motivata**, e solo in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, a chiusura del sistema, di tale tipologia provvedimentale a determinate condizioni (tra le tantissime v., Cons. Stato, 29/05/2019, n. 3580; Consiglio di Stato, sez. VI, 29/04/2019, n. 2696; Cons. Stato, sez. V, 21/02/2017, n. 774; Cons. Stato, sez. V,

04/02/2015, n. 533; Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2013, n. 3024; Cons. Stato, sez. VI, 31 maggio 2013, n. 3007; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3077, e da ultimo Cons. Stato, sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474 oltre la dottrina che se ne è occupata).

Nelle situazioni straordinarie, pur in presenza di tale ampiezza di poteri, al limite “formale” (la motivazione e l'adeguata istruttoria) si aggiunge il rispetto di rigorose garanzie sostanziali costituite dai principi generali dell'ordinamento e della riserva di legge come detto nel *par. 1.1.* (v. Cons. Stato, sez. VI, 15/11/2016, n. 4705; Cons. Stato, sez. IV, 26/09/2013, n. 4817; Cons. Stato, sez. IV, 28/10/2011, n. 5799; Consiglio di Stato, sez. V, 02/04/2001, n. 1904).

A distanza di più di tre anni dall'inizio dell'emergenza- e trascorso un anno dalla fine di essa - la presenza del virus Sars-Cov.2 non può certamente definirsi un evento *straordinario* e *imprevedibile* che giustifichi l'esercizio di poteri eccezionali *extra ordinem* di cui all'art. 32 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 e non vi è, quindi, alcuna legge dello Stato che consente al Ministro di imporre trattamenti sanitari, tantomeno all'infuori di un evento straordinario, imprevedibile e sopravvenuto di cui l'ordinanza impugnata neppure ne ha menzionato l'esistenza.

Invero l'ordinanza impugnata si limita all'elencazione di norme cessate da tempo e ragioni sanitarie desuete, senza mai indicare o riportare la concreta circostanza straordinaria che renderebbe necessario e non differibile l'uso del potere eccezionale di imporre trattamenti sanitari (art. 32 Cost.) o prestazioni personali (art. 23 Cost.) alla popolazione che entri in contatto con il sistema sanitario, in aperto contrasto con l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, con la riserva – anche relativa – di legge e con le condizioni legittimanti della necessità e dell'urgenza richieste dall'art. 32 L. 833/78.

Unico atto di natura “tecnica” richiamato nel preambolo dell'ordinanza ministeriale avversata è costituito dalla nota prot. n. 0013515 del 28 aprile 2023-DGPRES a firma del Direttore Generale della prevenzione sanitaria, diramazione “politica” del Ministero della Salute, che non indica evidenze assunte a fondamento tecnico-scientifico dell'imposizione della misura impugnata che comunque non è stata resa ostensibile agli interessati - per cui essa non potrà dirsi nemmeno “*motivata per relationem*” quando non siano indicati e resi disponibili gli atti cui l'amministrazione pubblica fa rinvio, garantendo all'interessato la possibilità di prenderne visione (*ex multis*: T.A.R. Toscana, sez. I, 14.10.2020, n. 1205).

Nell'ambito del provvedimento amministrativo, la motivazione *per relationem* deve intendersi ammessa nelle ipotesi in cui il provvedimento sia preceduto e giustificato da atti istruttori in esso espressamente richiamati, in assenza dei quali ricorrerà il vizio di difetto motivazione e difetto di istruttoria (Cons. Stato, Sez. VI, 9 ottobre 2020, n. 5990; Cons. Stato, Sez. III, 2 novembre 2020, n. 6740; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 976).

Come attentamente osservato dal Tribunale Militare di Napoli in una vicenda che sottintendeva l'inosservanza dell'obbligo di indossare le mascherine da parte di un militare in servizio (Trib.Mil Napoli, sent. 27 aprile 2023 – Doc. 3), qualora non si dimostri che il rifiuto di indossare la mascherina *“abbia comportato un rischio incrementale per la salute degli altri”*, viene necessariamente meno anche l'offensività dell'inosservanza in ragione del fine dichiarato dalla disposizione che le impone.

Il generale tema della “prova scientifica” e del rapporto tra risultati scientifici al vaglio giudiziario non può divenire un esito scontato del Giudice quando egli si trovi innanzi alla dialettica contrapposta e all'evoluzione delle conoscenze tra gli stessi scienziati che si trovano a confrontarsi su fenomeni ignoti o non del tutto esplorati, cui seguono ipotesi esplorative molto spesso contrastanti.

Il Giudice non potrà rimanere passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico e perciò è chiamato a verificare una o più ipotesi alternative - anche nella veste di *peritus peritorum* - con un approccio *“critico e dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni”* (tra le tante: Cass.Pen. IV Sez, 30.9.2008; Cass.Pen. IV Sez, 13.12.2010 n. 43786; Cass.Pen. IV Sez, 29.1.2013, Cantore).

La ricerca scientifica dimostrativa dell'esistenza di un fondamento epidemiologico per legittimare l'obbligo di utilizzare la mascherina per la prevenzione del virus Sars-Cov.2, deve passare necessariamente al vaglio della c.d. *“integrità delle intenzioni”*, ossia dalla ponderazione degli *“interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali o occulte tra membri di una comunità scientifica, la complessità e la drammaticità di alcuni grandi eventi, la difficoltà di esaminare i fatti con uno sguardo neutro da un punto di vista dei valori, la provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche, addirittura in qualche caso, la manipolazione dei dati, la presenza di pseudoscienza in realtà priva di necessari connotati di rigore, gli interessi dei committenti del ricerche aumentano o inquinano i potenziali interessi economici e politici coinvolti”* (Cass.Pen. IV Sez, 13.12.2010 n. 43786, Cozzini).

Ecco perché, già in partenza, l'imposizione di un obbligo in capo ai consociati di indossare la mascherina o di sottoporsi obbligatoriamente a trattamenti sanitari esige un attento, rigoroso e stringente controllo giudiziale sui risultati della sottesa ricerca scientifica.

Sempre dal punto di vista della *“integrità delle intenzioni”* la giurisprudenza militare richiamata rileva come la stessa O.M.S., autrice di diverse “linee guida” in materia, abbia riconosciuto come in larga misura gli studi scientifici su questa particolare materia sono finanziati da enti pubblici, organizzazioni internazionali e fondazioni private (quali la *Bill & Melinda Gates Foundation*), che hanno tra i dichiarati scopi primari quello di sviluppare, diffondere e commercializzare misure, dispositivi e farmaci a livello globale (<http://www.who.int/about/funding/invest-in-who/investment-case-2.0/current-state>).

Questo aspetto è di importante rilievo nel processo di valutazione perché impatta sull'affidabilità e sul grado di indipendenza dell'OMS, ma soprattutto rileva sotto il profilo della *“attendibilità metodologica”*, poiché il dato incontrovertibile sul quale l'intera

comunità scientifica concorda nella determinazione dell'efficacia preventiva del contagio dall'infezione dal Sars.Cov.2 tramite utilizzo delle mascherine può essere sintetizzato nella consapevolezza di **“sapere di non sapere”**.

Infatti, l'individuazione della legge scientifica di copertura sul collegamento tra la condotta (indossare la mascherina) e la finalità perseguita (prevenzione del contagio) presuppone una documentata analisi della letteratura scientifica universale con l'ausilio di organismi qualificati ed indipendenti (Cass. Sez. 4, Sentenza n. 18933 del 27/02/2014 Ud. (dep. 08/05/2014) Rv. 262139 – 01) al vaglio di un giudice che, previa valutazione dell'affidabilità metodologica e dell'integrità delle intenzioni degli esperti, deve accertare *“la sussistenza di una soluzione sufficientemente affidabile, costituita da una metateoria frutto di una ponderata valutazione delle differenti rappresentazioni scientifiche del problema, in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. **Altrimenti potendo concludere per l'impossibilità di addivenire ad una conclusione in termini di certezza processuale**”*. (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 9831 del 15/12/2015 Ud. (dep. 09/03/2016) Rv. 267567 – 01).

Nel caso delle mascherine, *“non è provato, non essendosi formato al riguardo un sia pur minimo consenso nella comunità scientifica che l'utilizzo delle mascherine contribuisca alla prevenzione del contagio da Sarscov2, **l'incertezza scientifica** sull'efficacia dei fini di prevenzione del contagio nell'uso della mascherina in comunità è un dato che risulta palese da una valutazione epistemologica che può essere condotta da questo giudice anche solo con un ragionamento logico induttivo, senza quindi la necessità di un contributo peritale”* (Trib. Milit. Napoli cit.).

Al limite probatorio corrisponde un limite conoscitivo, impossibile da colmare attraverso la perizia conoscitiva, che non sarebbe esperibile nel presente giudizio per accertare se, ed in quale grado, l'utilizzo delle mascherine in comunità contribuiscono al contenimento della diffusione del Virus Sars-Cov 2, poiché la comunità scientifica non è ancora giunta, pur a fronte di numerosi studi avviati, ad alcuna conclusione sufficientemente affidabile in proposito, di talché non può ragionevolmente ritenersi che un accertamento tecnico - che peraltro potrebbe durare anni - sia compatibile con le dinamiche processuali, per tempistiche e costi, anche in termini di proporzionalità rispetto al sacrificio imposto dei diritti e della inidoneità della sede giudiziale a luogo deputato alla formazione del sapere scientifico di imprevedibile proiezione temporale e di necessaria dimensione universale.

La conoscenza scientifica, invero, si forma fuori dal processo, e deve giungere nel giudizio attraverso contributi *aliunde* formati e già riconosciuti, con un giudice cui spetta il compito di verificare l'eventuale esistenza di una condivisa legge di copertura, *“non essendo necessario per altro verso una perizia deducete che possa orientare il giudice nella comprensione dei risultati scientifici già accertati, atteso che, sotto tale aspetto, l'unico dato che emerge dalla comunità scientifica è quello, come detto, “di sapere di non sapere”* (Trib. Milit. Napoli cit.)

A fronte di un messaggio ufficiale diffuso in via globale con norme, decreti, linee guida e raccomandazioni sull'uso indispensabile delle mascherine, non esistono ad oggi evidenze

scientifiche o statistiche che dimostrino come l'utilizzo delle mascherine di comunità abbiano comportato una diminuzione dei contagi rispetto agli ordinamenti che tale misura non hanno adottato.

Anzi, in uno studio pubblicato dall'OMS già nel dicembre 2020 si rilevava l'assenza di un supporto scientifico sull'efficacia dell'utilizzo delle mascherine come strumento di riduzione della trasmissione del virus (*Mask use in the context of COVID-19: interim guidance, 1 December 2020. World Health Organization* <https://apps.who.int/iris/handle/10665/337199>), mentre nell'aprile del 2020 il Centro Europeo per la Prevenzione ed il Controllo delle Malattie Infettive (ECDC [https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Use%20of%20face%20masks%20in%20the%20community\\_IT.pdf](https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Use%20of%20face%20masks%20in%20the%20community_IT.pdf)) si esprimeva in termini analoghi di incertezza scientifica, ribadendo successivamente nel febbraio 2022 lo scarso livello di base scientifica nell'uso della mascherina in comunità quale mezzo di prevenzione della trasmissione del virus Sars-Cov.2 (<https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/using-face-masks-community-reducing-covid-19-transmission>).

A queste evidenze si sono sommati, nel corso del tempo, numerosi altri contributi della comunità scientifica che dubitano dell'utilità delle mascherine come misura idonea alla prevenzione del virus Sars-Cov.2 e che evidenziano gli **effetti collaterali** per uso improprio del dispositivo, tra i quali si richiamano i più accreditati:

- Pubblicazione di agosto 2021 su *International Journal of Environmental Research and Public Health* (<https://www.mdpi.com/1660-4601/18/8/4344> in italiano [https://it.medicusante.com/files/ugd/d48835\\_3b6bdd5309e146ef9edb1e90e466b52d.pdf](https://it.medicusante.com/files/ugd/d48835_3b6bdd5309e146ef9edb1e90e466b52d.pdf));
- Pubblicazione settembre 2021 sulla rivista *Science* (<https://www.science.org/doi/10.1126/science.abg6296>);
- Pubblicazione novembre 2021 su *Nature* (<https://www.nature.com/articles/s41598-022-06605-w#MOESM1>);
- Pubblicato del 2021 su *AIMS Public Health* (<http://www.aimspress.com/article/id/619dcfdcba35de0683e3c147>);
- Pubblicazione febbraio 2022 su *Science Direct* (<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969721035774>);
- Pubblicazione ottobre 2021 sulla rivista *Medicine* ([https://journals.lww.com/md-journal/Fulltext/2022/02180/The\\_Foegen\\_effect\\_A\\_mechanism\\_by\\_which\\_facemasks.60.aspx](https://journals.lww.com/md-journal/Fulltext/2022/02180/The_Foegen_effect_A_mechanism_by_which_facemasks.60.aspx)),
- Pubblicazione gennaio 2023 sulla rivista scientifica *Cochrane* ([https://www.cochranelibrary.com/cdsr/doi/10.1002/14651858.CD006207.pub6/full?utm\\_source=substack&utm\\_medium=email](https://www.cochranelibrary.com/cdsr/doi/10.1002/14651858.CD006207.pub6/full?utm_source=substack&utm_medium=email)).

Con riferimento alla analoga fattispecie di utilizzo prolungato della mascherina per la popolazione fragile (nella specie, i bambini), il Consiglio di Stato si è espresso nei seguenti termini: **“non sembrano esistere, a livello di dati statistici - che, ove sussistano, dovrebbero essere acquisiti agli atti, né a livello di indirizzi operativi pratici per le singole classi - raccomandazioni per un monitoraggio ove possibile costante e immediato per gli scolari che diano segno di affaticamento, del livello di ossigenazione individuale dopo l'uso prolungato**

*della mascherina; e ciò, sia perché esistono in commercio apparecchi di misurazione di semplicissima utilizzabilità per ciascun maestro, sia perché tale attività costituirebbe forse una utile base statistica per contribuire alle valutazioni scientifiche degli organi preposti. Ciò potrebbe anche consentire una valutazione esplicita, delle autorità scientifiche, su uno dei punti di cui al ricorso, relativo alla ragionevolezza dell'uso obbligatorio della mascherina anche "al banco" e con distanziamento adeguato" (Cons. stato, Sez. III, decreto n. 26 novembre 2020, n. 6795).*

L'assenza di uniformità tecnico-scientifica ed i rilievi mossi dalle evidenze alla inadeguatezza funzionale dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie al fine di evitare il contagio dal virus Sars-Cov.2, non assorbe peraltro la potenziale pericolosità per la salute individuale dato dall'uso prolungato delle mascherine.

Nei citati documenti dell'OMS e dell'ECDC - oltre che in quasi tutti gli studi sopra menzionati - si è evidenziato come la composizione delle mascherine, la rimozione impropria della mascherina, la manipolazione di una maschera contaminata o la maggiore tendenza a toccare il viso mentre si indossa una maschera possono effettivamente provocare effetti avversi "propri" conseguenti all'uso (peggio se prolungato) della mascherina, quali l'affaticamento termico, le cefalee, le reazioni dermatologiche, respiratorie, psicologiche e comunicative, oltre al falso senso di sicurezza ingenerato nei soggetti che la utilizzano, che allenta l'attenzione sul rispetto di altre misure sicuramente efficaci.

L'efficacia delle mascherine, dunque, non è adeguatamente sorretta da supporto scientifico e, comunque, sarebbe imprudente l'imposizione alla popolazione indossare in maniera prolungata il dispositivo in questione, nella quasi certezza di una non corretta gestione della stessa e in presenza di non trascurabili rischi per la salute individuale.

Anche per tali ragioni l'ordinanza ministeriale impugnata risulta immotivata e viziata da difetto di istruttoria in quanto adottata in contrasto con le indicazioni epidemiologiche e con quelle dell'OMS di cui richiama la dichiarazione di "pandemia" dell'11 marzo 2020 ma non ha tenuto in alcun conto, contraddittoriamente, delle **intenzioni** annunciate dalla stessa OMS che, infatti, dopo appena qualche giorno dall'emissione della misura impugnata, in data **5 maggio 2023 ha dichiarato la fine della pandemia** altrettanto dichiarata l'11 marzo 2020.

\*

- 1.4. L'ordinanza impugnata eccede il potere funzionale attribuito al Ministro ed azzera gli effetti del principio di precauzione che, secondo la costante giurisprudenza, si individua sull'analisi dei rischi quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura (*ex multis*, Cons. stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655 che richiama id., sez. IV, n. 1240/2018, Cons. Giust. Amm. Sicilia Sez. Giurisd., n. 581/2015 e Cons. Stato, Sez. V, n. 6250/2013).

Il **principio di precauzione** non trova espressa enunciazione nella nostra Costituzione, ma figura piuttosto a livello normativo, in ambito europeo, nell'articolo 191, par.2, TFUE in materia di tutela ambientale, mentre in ambito nazionale negli articoli 3 ter e 301 del decreto legislativo 3 aprile 2006 numero 152 (codice dell'ambiente), che grazie alla giurisprudenza comunitaria (CGUE, Grande Sezione, 1.10.2019, caso *Matthew Blaze*, C-616/17) e nazionale del Consiglio di Stato (sentenza 2964/2020) è stato esteso anche all'ambito della salute.

In base a tale principio generale le Autorità devono adottare tutti i provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la salute pubblica e individuale, e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse a tali valori sugli altri interessi concorrenti, se si considera l'impatto con l'utilizzo globale delle mascherine di comunità sull'ambiente (sede naturale per la valutazione del principio di precauzione).

Da un importante rilievo della Società Italiana di Medicina Ambientale (SIMA) del 15.6.2022 è stato calcolato che circa due miliardi di mascherine sono state utilizzate in Italia dalla popolazione scolastica a partire dallo scoppio dell'emergenza Covid-19, cui si aggiungono sedici miliardi di mascherine usate dai lavoratori e una quota stimabile in 28 miliardi utilizzate nel quotidiano nelle varie situazioni indoor e outdoor, per un totale di quarantasei (46) miliardi di mascherine che *«sul fronte dell'ambiente, le mascherine hanno avuto un impatto paragonabile a quello di uno tsunami»* ([https://www.ansa.it/ansa2030/notizie/green\\_blue/2022/06/15/ambiente-sima-uno-tsunami-di-46-miliardi-di-mascherine\\_1c27d7cb-97f1-40eb-ab0d-de350f26a6d1.html](https://www.ansa.it/ansa2030/notizie/green_blue/2022/06/15/ambiente-sima-uno-tsunami-di-46-miliardi-di-mascherine_1c27d7cb-97f1-40eb-ab0d-de350f26a6d1.html))

L'Oms ha stimato in 3,4 miliardi le mascherine che finiscono ogni giorno nella spazzatura (dato globale), assieme a 140 milioni di kit di test, che hanno il potenziale di generare 2.600 tonnellate di rifiuti non infettivi (principalmente plastica) e 731.000 litri di rifiuti chimici; in uno studio apparso su *Environmental Advances* si è rivelato come buona parte delle mascherine finisca in acqua (quasi 5.500 tonnellate metriche di plastica ogni anno con una stima ottimistica al ribasso) e come una singola mascherina rilasci fino a 173mila microfibre di plastica al giorno negli oceani, con possibili danni da ostruzione in seguito ad ingestione da parte degli animali acquatici, ed effetti tossicologici dovuti alla veicolazione di contaminanti chimici e biologici ([https://scholar.google.it/scholar\\_url?url=https://www.mdpi.com/1660-4601/17/11/4140/pdf&hl=it&sa=X&ei=ALmNZMfaH-iKy9YP3bOp4A4&scisig=AGIGAw-wDxLRcxNEDQQOPKeMfUzX&oi=scholar](https://scholar.google.it/scholar_url?url=https://www.mdpi.com/1660-4601/17/11/4140/pdf&hl=it&sa=X&ei=ALmNZMfaH-iKy9YP3bOp4A4&scisig=AGIGAw-wDxLRcxNEDQQOPKeMfUzX&oi=scholar)).

In base al principio di precauzione applicato per fronteggiare possibili pericoli per la salute umana, nel caso in cui i dati scientifici non consentono una valutazione completa del rischio, l'applicazione del principio di precauzione deve fare necessariamente riferimento al rischio o al danno per la salute e non già alle misure per il contenimento di tale rischio o danno le quali, invece, per essere imposti all'intera comunità, devono avere una efficacia ragionevolmente certa.

Se si potesse fondare il principio di precauzione su una concatenazione seriale di mere ipotesi astratte o scenari previsionali suggestivamente rappresentati senza alcun argine empirico o statistico, si finirebbe per legittimare l'imposizione di massa di un qualsiasi tipo di misura restrittiva nella mera eventualità - pur senza averne alcuna evidenza -, che essa possa servire allo scopo di prevenire o minimizzare un danno per la salute pubblica: in tal modo, evidentemente, la discrezionalità della scelta delle misure restrittive si tramuterebbe in mero arbitrio.

Nè potrebbe sostenersi che l'utilizzo delle mascherine, per essere efficaci nella prevenzione del virus, debbano essere utilizzate "insieme", "in aggiunta" o "in combinazione" ad altre misure, quali ad esempio il distanziamento (così si legge a più riprese sul sito del Ministero della Salute nel commentare le *fake news* riguardo le mascherine) poiché, come affermato dal Tribunale Militare di Napoli nella citata sentenza del 27.4.2023, saremmo innanzi ad valutazione di mera logica *"tanto suggestiva quanto falsa. Se le mascherine avessero un'efficacia di protezione dal virus solo in caso di contemporanea presenza ad altre misure, ciò significherebbe semplicemente che l'efficacia protettiva è da attribuire esclusivamente alle altre misure (ad esempio al distanziamento) e non già alle mascherine. In altri termini, se le mascherine avessero una loro efficacia produttiva certa, esse dovrebbero funzionare in comunità proprio in assenza di altre misure, e cioè in luoghi chiusi, affollati, senza ricambio d'aria ed in assenza distanziamento"*.

Lo stesso principio di precauzione non comprende nemmeno l'imposizione di restrizioni all'intera cittadinanza – in questo caso l'utilizzo della mascherina – quando le finalità della misura siano "non dette" e diverse da quelle dichiarate dalla norma impositiva, come se attraverso quelle si volesse ingenerare un senso di allarme e di tensione in modo da indurre la popolazione ad una maggiore aderenza ad altre misure obbligatorie o raccomandate: in tale evenienza saremmo evidentemente anche al di fuori del alveo delle pure assai discutibili "*spinte gentili*" (Consiglio di Stato con la sentenza 20 ottobre 2021 n. 7045), e si tratterebbe piuttosto di misure restrittive illegittime.

Quando si arriva ad affermare che durante un'emergenza sanitaria il principio di precauzione opererebbe in modo inverso e controintuitivo, "*allora come in un gioco di specchi riflessi diviene impossibile distinguere la realtà dal suo simulacro*" (Trib. Mil. Napoli cit.): *sulla base di un principio di precauzione così malinteso, si può giungere a sostenere tutto e il contrario di tutto. Il principio di precauzione, ad una interpretazione costituzionalmente orientata, giustifica che il rischio per la salute pubblica possa essere affrontato con affrontato con misure restrittive solo nel rispetto dei canoni della ragionevolezza, della proporzionalità, della non discriminazione e della stretta necessità"*.

In una vicenda che ha avuto ampia risonanza sociale, proprio il TAR del Lazio, accertando la violazione di tali canoni ermeneutici, dichiarava illegittimo l'art.1 comma 9 lettera s DPCM 3 novembre 2020 nella parte in cui prevedeva che l'attività didattica per i bambini sopra i sei

anni dovesse svolgersi in presenza solo con l'uso obbligatorio di mascherine, anche nel caso che potesse essere assicurato il distanziamento (1 Sez., sent. 19.2.2021 n. 2102).

Sempre ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, poi, le misure restrittive adottate in base al principio di precauzione devono rispettare l'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali riconosciuti a livello universale (art. 2, 3, 8 e 9 CEDU; articolo 52 paragrafo 1 Carta di Nizza), che incarna la dignità umana, principio fondamentale dello Stato democratico, non comprimibile e non bilanciabile e, meno che mai, barattabile con una indennità.

\*

- 1.5. Sotto altro profilo, il potere di ordinanza, quale strumento eccezionale utilizzabile solo per limitati periodi di tempo (*ex plurimis*, sentenze n. 127 del 1995, n. 418 del 1992, n. 32 del 1991, n. 617 del 1987, n. 8 del 1956), non può mai essere sub-delegato dal delegato e, comunque, deve essere esercitato nei limiti della «*concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare*» (Corte Cost. sent. 4/1977).

Nonostante il potere di ordinanza attribuito al Ministro della Salute sia oramai scaduto al 31 dicembre 2022, quand'anche si ritenesse che l'art. 32 L. 833/78 costituisca una espressa attribuzione al Ministro di imporre trattamenti sanitari e prestazioni personali alla bisogna, non potrebbe in alcun modo ammettersi che quest'ultimo affidi o deleghi a terzi l'esercizio del potere a sua volta delegatogli, come invece è stato fatto con i commi 2, 4 e 5 dell'art. 1 dell'impugnato provvedimento.

Tali commi, infatti, hanno rimesso alla discrezionalità delle direzioni sanitarie, dei medici di medicina generale o dei pediatri di libera scelta la decisione se imporre l'utilizzo delle mascherine nei reparti diversi da quelli indicati al comma 1 o negli ambulatori, ed ha addirittura attribuito ai privati (si pensi ai direttori sanitari delle cliniche, dei centri e delle RSA) ed alle "Regioni" il potere di decidere se imporre trattamenti sanitari obbligatori per accedere a luoghi o servizi.

In conclusione, la *sub delega* contenuta nei commi 2, 4 e 5 dell'art. 1 dell'ordinanza impugnata viola in maniera evidente la riserva di legge di cui agli articoli 2, 3, 16, 23, 32 e 97 della Costituzione nonché il principio generale in base al quale *delegatus delari non potest*, e, anche per tale ragione, andrà annullata per illegittimità dell'esercizio della discrezionalità amministrativa sotto forma di carenza assoluta ed eccesso di potere.

\*

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 comma 5 dell'ordinanza impugnata in relazione all'art. 23, 32 e 97 Cost; violazione del decreto-legge 31 ottobre 2022 n. 162 convertito con modificazioni dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199 e dei limiti temporali per il legittimo esercizio della delega stabiliti dal decreto-legge 24 marzo 2022 n. 24 convertito con modificazioni dalla L. 19 maggio 2022, n. 52

Come anticipato nel precedente punto 1.5., il comma 5 art. 1 dell'ordinanza impugnata prevede che «La decisione sull'esecuzione di tampone diagnostico per infezione da SARS-CoV-2 per l'accesso ai Pronto soccorso è rimessa alla discrezione delle direzioni sanitarie e delle autorità regionali. Si rammenta infatti che non sussiste obbligo a livello normativo dal 31 ottobre 2022, in quanto l'art. 2-bis «Misure concernenti gli accessi nelle strutture sanitarie e socio-sanitarie» del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, come modificato dall'art. 4, comma 1 lettera b) del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, è stato abrogato dall'art. 7-ter, comma 2, decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199».

In sostanza la disposizione amministrativa di cui al comma 5 dell'art. 1 cit. si pone in contrasto anche con quanto previsto il decreto-legge 31 ottobre 2022 n. 162 convertito con modificazioni dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199 che ha abrogato l'art. 2 bis del D.L. n. 52/2021, il quale prevedeva come condizione di accesso alle prestazioni sanitarie l'effettuazione di un test diagnostico anti Sars-Cov-2 (tampone antigenico o molecolare).

Evitando inutili ripetizioni sulla natura dei trattamenti sanitari svolti nei *paragrafi 1.1, 1.2., 1.3., 1.4. e 1.5.* cui, *mutatis mutandis*, si rinvia integralmente, sebbene la delega sia priva di copertura legale e inesistente nei contenuti e nella forma, nemmeno ha definito gli ambiti, i limiti e le modalità di esercizio del potere di imporre o meno un accertamento diagnostico rimesso alla volontà di soggetti che, in assenza delle precise indicazioni, potranno decidere nel più incontrollato arbitrio.

Se il potere conferito dal provvedimento impugnato alle direzioni sanitarie locali - e alle generiche "autorità" regionali - di limitare l'accesso ai luoghi di cura e di imporre alla popolazione trattamenti sanitari preventivi o diagnostici è illegittima per carenza assoluta di potere, allora la disposizione dell'art. 1 comma 5 cit. si rivela addirittura illecita nella misura in cui induce in errore inescusabile e istiga i "delegati" alla commissione di reati di violenza privata nei confronti dei lavoratori, dei pazienti e degli utenti costretti a tollerare ed effettuare determinate prestazioni con la minaccia e la violenza di vedersi impediti fisicamente nell'accedere ai luoghi di cura.

\*

#### ISTANZA CAUTELARE

Dalla esposizione del presente ricorso emerge la sua sicura fondatezza.

Quanto al *periculum in mora* e cioè al danno grave e irreparabile in pregiudizio della Associazione ricorrente, come tale e singolarmente dei suoi iscritti, esso emerge dalla necessità di sospendere gli effetti del provvedimento impugnato in quanto lesivi di irrinunciabili diritti e libertà come costituzionalmente riconosciute e garantite.

#### **P.Q.M.**

Premessa la richiesta di concessione del provvedimento cautelare urgente di sospensione degli effetti della impugnata ordinanza, Avvocati Liberi – United Lawyers for Freedom -, come in epigrafe, rappresentata, assistita e difesa, a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali lese dall'Ordinanza impugnata, ne chiede l'annullamento come di ogni altro provvedimento connesso,

conseguente e presupposto, con ogni statuizione di legge anche in ordine alle spese legali e di giudizio.

Si dichiara che il contributo unificato relativo al presente procedimento ammonta ad € 650,00.

Si depositano in copia:

1. Ordinanza impugnata
2. Atto costitutivo e Statuto sociale;
3. Trib. Militare Napoli, Ufficio GUP, sent. 27.4.2023
4. TAR-Lazio sentenza n. 2102 del 19.02.2021

Roma, 21 giugno 2023

Prof. Avv. Augusto Sinagra

Avv. Monica Ghiloni

Avv. Francesca Villa