



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

FF 2023

www.fedlex.admin.ch

La versione elettronica firmata
è quella determinante



Rispetto dei diritti fondamentali da parte delle autorità federali nell'ambito della lotta alla pandemia di COVID-19: l'esempio dell'estensione del certificato sanitario

Rapporto della Commissione della gestione del Consiglio nazionale

del 30 giugno 2023

L'essenziale in breve

Per lottare contro la pandemia di COVID-19, il Consiglio federale ha adottato diversi provvedimenti implicanti una restrizione dei diritti fondamentali. In base al dettato costituzionale, restrizioni di questo tipo sono ammissibili unicamente se hanno una base legale, sono giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui e sono proporzionate allo scopo. Durante la pandemia, la questione del rispetto di questi criteri ha suscitato, in alcuni casi, dibattiti molto accessi nell'opinione pubblica. Le stesse Commissioni della gestione delle Camere federali (CdG) hanno ricevuto diverse richieste di chiarimento.

La Commissione della gestione del Consiglio nazionale (CdG-N) ha deciso di approfondire la tematica sotto il profilo dell'alta vigilanza parlamentare, focalizzandosi sulla decisione del Consiglio federale del dicembre 2021 di estendere il certificato COVID-19. Basandosi su questo esempio specifico, la Commissione ha esaminato in che modo le autorità federali competenti, ossia il Dipartimento federale dell'interno (DFI), l'Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP) e l'Ufficio federale di giustizia (UFG), hanno accertato il rispetto dei criteri costituzionali summenzionati, se il risultato di tale verifica può ritenersi soddisfacente sotto il profilo della legalità e quali insegnamenti è possibile trarre in vista di situazioni analoghe future.

Ad avviso della Commissione, è innegabile che l'estensione del certificato COVID-19 decisa nel dicembre 2021 abbia prodotto una restrizione significativa dei diritti fondamentali e che a provvedimenti di questo tipo si debba ricorrere con moderazione e nel pieno rispetto della Costituzione. Sulla base dei chiarimenti effettuati, la Commissione giunge alla conclusione che in questo frangente, alla luce delle conoscenze disponibili all'epoca e del contesto particolare della pandemia, il DFI, l'UFSP e l'UFG abbiano provveduto adeguatamente al rispetto dei criteri costituzionali. Per la CdG-N non vi sono indizi che suggeriscano, sotto il profilo dell'alta vigilanza, inadempienze fondamentali nella gestione da parte delle autorità competenti. Tuttavia, reputa che da questo caso specifico si possano trarre insegnamenti di portata generale applicabili a crisi future.

*La Commissione traccia un bilancio sostanzialmente positivo della **collaborazione tra l'UFSP e l'UFG**; nel caso dell'estensione del certificato COVID-19, l'UFG è stato consultato sistematicamente sui progetti di ordinanza e gli scambi tra gli uffici sono stati assidui. Alla luce dei ritmi serrati e delle difficoltà nel prevedere gli sviluppi della pandemia, per la Commissione è comprensibile che, in un primo tempo, l'UFG abbia potuto svolgere unicamente un esame sommario della costituzionalità delle misure proposte. La Commissione sottolinea come, dopo la decisione del Consiglio federale del dicembre 2021, l'Ufficio abbia riservato un'attenzione particolare al criterio della proporzionalità e, nel quadro di diverse consultazioni degli uffici, si sia espresso criticamente nei confronti di ulteriori proposte d'irrigidimento delle misure. La Commissione invita il Consiglio federale a esaminare varie misure tese a rafforzare la funzione di controllo dell'UFG in situazioni di crisi (raccomandazione 1).*

*Secondo il DFI e l'UFG, la LEp costituiva una **base legale** sufficiente per estendere il certificato COVID-19, argomentazione questa che sotto il profilo giuridico è ritenuta plausibile dalla CdG-N. La Commissione reputa importante che il Consiglio fe-*

derale disponga per legge di un certo margine di manovra per decidere le misure da adottare in caso di pandemia. Per quanto riguarda l'opportunità sul piano politico, la Commissione si chiede se, nel corso del 2021, non si sarebbero potuti precisare nella legge l'oggetto e le finalità del certificato. Riconosce, tuttavia, che la legittimità di detto documento è stata rafforzata indirettamente attraverso altre misure. In vista di pandemie future, la Commissione invita il Consiglio federale a valutare, nell'ambito della prossima revisione parziale della LEp, l'opportunità di precisare il quadro legale riguardante lo stato immunitario (raccomandazione 2).

Per quanto attiene al criterio dell'**interesse pubblico preponderante**, la CdG-N ritiene non vi siano dubbi sul fatto che la pandemia di COVID-19 abbia rappresentato una minaccia per la salute pubblica. Va sottolineato anche che l'inizio del mese di dicembre del 2021 aveva segnato l'avvio di una delle fasi della pandemia più incerte sul piano dell'evoluzione sanitaria e che il Consiglio federale aveva comunicato chiaramente di voler adottare misure per proteggere il sistema ospedaliero. La Commissione reputa inoltre adeguata la decisione del Consiglio federale di basare la valutazione della situazione epidemiologica su indicatori vari, sottoposti a riesami periodici. Dal suo punto di vista si pone tuttavia la questione della pertinenza e della precisione dei singoli indicatori. Per tale ragione, invita il Consiglio federale a valutare questi due aspetti alla luce delle conoscenze odierne e, a fronte di ciò, a stilare un elenco dei possibili indicatori in un contesto pandemico futuro (raccomandazione 3). Ritiene altresì necessario che il Consiglio federale valuti l'opportunità di precisare i criteri previsti dalla LEp per definire il passaggio alla «situazione particolare» e il mantenimento di quest'ultima (raccomandazione 4).

Infine, la Commissione reputa che, in termini di **proporzionalità** delle misure legate al certificato COVID-19, le autorità abbiano agito adeguatamente. A suo avviso, il DFI e l'UFSP si sono basati su informazioni aggiornate per valutare l'opportunità di un'estensione del certificato. Inoltre, constata che dette autorità hanno progettato tali misure e ne hanno limitato la durata e l'estensione spaziale in modo da garantirne la proporzionalità. Del resto, l'UFG ha ripetutamente verificato la necessità di mantenere in vigore le misure adottate. La CdG-N osserva infine che nelle relative ponderazioni degli interessi, il Consiglio federale ha tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti. La Commissione constata anche che la decisione del Consiglio federale del dicembre 2021 relativa all'estensione del certificato COVID-19 è coerente con gli orientamenti strategici definiti nel corso del 2021. Sottolinea infine che le misure sono state decise in un contesto di grande incertezza e ciò deve essere preso in considerazione nelle valutazioni retrospettive degli avvenimenti.

Indice

L'essenziale in breve	2
1 Introduzione	5
2 Oggetto del rapporto	6
3 Procedimento adottato dalla CdG-N	8
4 Riepilogo dei fatti	9
5 Accertamento dei fatti	11
5.1 Verifica dei criteri costituzionali da parte delle autorità federali competenti	12
5.2 Spiegazioni delle autorità federali competenti sul risultato della verifica dei criteri costituzionali	14
5.2.1 Criterio della base legale	14
5.2.2 Criterio dell'interesse pubblico preponderante	17
5.2.3 Criterio della proporzionalità	20
6 Valutazione della CdG-N e raccomandazioni	23
6.1 Verifica dei criteri costituzionali da parte delle autorità federali competenti	24
6.2 Spiegazioni fornite dalle autorità federali competenti sul risultato della verifica dei criteri costituzionali	25
6.2.1 Criterio della base legale	25
6.2.2 Criterio dell'interesse pubblico preponderante	27
6.2.3 Criterio della proporzionalità	29
7 Conclusioni	30
Elenco delle abbreviazioni	33
Allegati:	
1 Lettera del DFI alla CdG-N del 14 aprile 2022	34
2 Lettera dell'UFG alla CdG-N del 13 aprile 2022	47

Rapporto

1 Introduzione

Al fine di affrontare i rischi legati alla pandemia di COVID-19¹, tra il 2020 e il 2022 il Consiglio federale ha adottato varie misure sanitarie che comportavano una restrizione delle libertà fondamentali degli abitanti della Svizzera (limitazione o sospensione di determinate attività, restrizioni applicate ad assembramenti privati e pubblici o agli spostamenti, limitazione di taluni diritti democratici ecc.). La maggior parte di questi provvedimenti è stata adottata sulla base del diritto di necessità previsto dalla Costituzione federale (Cost.)² e/o in virtù della legge sulle epidemie (LEp)³.

Sapere se le misure adottate dal Consiglio federale rispettassero i criteri previsti dalla Costituzione per ammettere restrizioni dei diritti fondamentali ha talvolta sollevato controversie nell'opinione pubblica. Secondo l'articolo 36 Cost. le restrizioni dei diritti fondamentali devono avere una base legale (cpv. 1), devono essere giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui (cpv. 2) ed essere proporzionate allo scopo (cpv. 3).

Tra la fine del 2021 e l'inizio del 2022 diverse decine di persone riunitesi nel Comitato Giuristi⁴ hanno inviato alle Camere federali tre lettere⁵ contenenti critiche in tal senso e nelle quali ci si soffermava, in particolare, sulle decisioni adottate dal Consiglio federale, da settembre a dicembre 2021, circa l'introduzione dell'obbligo di esibire un certificato sanitario COVID-19 per poter accedere a determinati luoghi o attività⁶.

Le lettere del Comitato Giuristi sono state inoltrate per trattamento alle Commissioni della gestione delle Camere federali (CdG). In qualità di organo preposto all'alta vigilanza parlamentare, tali Commissioni hanno avviato fin dal 2020 un'ispezione ri-

¹ Di seguito: «crisi di COVID-19», «crisi», «pandemia di COVID-19» o «pandemia».

² Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 apr. 1999 (RS **101**). L'art. 185 cpv 3 Cost. stabilisce che il Consiglio federale «può emanare ordinanze e decisioni per far fronte a gravi turbamenti, esistenti o imminenti, dell'ordine pubblico o della sicurezza interna o esterna».

³ Legge federale del 28 set. 2012 sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell'essere umano (legge sulle epidemie, LEp; RS **818.101**).

⁴ www.juristen-komitee.ch (consultato da ultimo il 12.12.2022). Stando alle informazioni presenti nel sito Internet, questo comitato riunisce più di 300 giuristi in 22 Cantoni ed è impegnato «per l'ordine costituzionale e la democrazia».

⁵ Lettera del Comitato Giuristi alla presidente del Consiglio nazionale e al presidente del Consiglio degli Stati del 24.12.2021 («Deklaration von Schweizer Juristen: 2G-Zertifikatspflicht ist verfassungswidrig»); lettera del Comitato Giuristi alle Commissioni della gestione dell'11.2.2022 («Petition du Comité Juristes: Retour immédiat à la Constitution et enquête»); lettera del Comitato Giuristi alle Commissioni della gestione del 9.3.2022 («Ihr Antwortschreiben vom 21. Februar 2022»). Tali lettere sono disponibili nel sito Internet del Comitato Giuristi.

⁶ Cfr. cap. 4 per maggiori informazioni in proposito. Nelle proprie lettere il Comitato Giuristi formula anche varie richieste all'attenzione del Parlamento, come la sospensione della «situazione particolare» ai sensi della LEp e l'istituzione di una commissione d'inchiesta.

guardante la gestione della crisi di COVID-19 da parte del Consiglio federale e dell'Amministrazione federale⁷.

La Commissione della gestione del Consiglio nazionale (CdG-N), incaricata di elaborare il dossier, ha preso atto delle critiche di fondo mosse dal Comitato Giuristi circa la costituzionalità delle misure federali di contrasto alla pandemia, come pure dei quesiti di alcuni giuristi su questo tema⁸. Dato che dal punto di vista dell'alta vigilanza certi aspetti potevano rivestire un interesse di carattere generale, la Commissione ha deciso di approfondirli con gli organi federali competenti. Nel presente rapporto rende nota la sua valutazione sulla base degli accertamenti condotti.

2 Oggetto del rapporto

La CdG-N ha incentrato la propria verifica sulla decisione del Consiglio federale del 17 dicembre 2021 relativa all'estensione della portata del certificato COVID-19⁹ (di seguito «estensione del certificato COVID-19»). Partendo da tale esempio, la CdG ha esaminato le questioni illustrate di seguito.

1. In che modo le autorità federali competenti – vale a dire il Dipartimento federale dell'interno (DFI), l'Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP) e l'Ufficio federale di giustizia (UFG) – si sono accertate che fossero soddisfatte le condizioni dell'articolo 36 della Costituzione riguardanti la restrizione dei diritti fondamentali?
2. Qual è stato il risultato della loro verifica?
3. Il risultato della verifica può ritenersi adeguato sotto il profilo della legalità?
4. Quali insegnamenti si possono trarre da questo esempio in vista di situazioni analoghe future?

La CdG-N ha approfondito la questione sotto il profilo dell'alta vigilanza sulla gestione da parte delle autorità federali, conformemente al suo mandato legale e ai suoi principi d'azione¹⁰. Nella fattispecie, la Commissione ha incentrato la propria verifica

⁷ Le CdG analizzano la gestione della pandemia di COVID-19 da parte delle autorità federali, comunicato stampa delle CdG del 26.5.2020. Una sintesi dei temi trattati dalle CdG nell'ambito di tale ispezione è disponibile nei Rapporti annuali 2020, 2021 e 2022 delle Commissioni della gestione delle Camere federali e della Delegazione delle Commissioni della gestione delle Camere federali del 26.1.2021, 25.1.2022 e 24.1.2023, cap. 4 (FF **2021** 570, FF **2022** 513, FF **2023** 579).

⁸ Cfr. ad es. Biaggini, Giovanni (2022): «Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie», in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 123/2022, pagg. 59–91.

⁹ Coronavirus: il Consiglio federale decide di inasprire i provvedimenti, comunicato stampa del Consiglio federale del 17.12.2021. V. anche cap. 4.

¹⁰ Principi d'azione delle CdG del 30.1.2015 (FF **2015** 3927).

principalmente sul criterio della *legalità*¹¹ e secondariamente sui criteri dell'*opportunità* e dell'*efficacia*, controllando in particolare se i tre aspetti di cui all'articolo 36 della Costituzione erano stati esaminati in modo adeguato dagli organi responsabili, se i risultati di tale esame risultavano plausibili e se dalle spiegazioni fornite emergevano margini di miglioramento sul piano gestionale. Per la Commissione è fondamentale che i risultati di tale verifica siano presentati all'opinione pubblica in modo trasparente. Il presente rapporto contribuisce a incrementare tale trasparenza.

Nel corso dei suoi lavori la CdG-N si è concentrata sul modo in cui il DFI, l'UFSP e l'UFG hanno verificato il rispetto delle condizioni dell'articolo 36 Cost. nel quadro della *preparazione delle decisioni del Consiglio federale*. In tale sede la Commissione non ha approfondito le modalità della *decisione finale* del Consiglio federale; quest'ultima è il risultato di una ponderazione politica degli interessi, la quale, oltre all'aspetto della costituzionalità, comprende diversi altri elementi.

La CdG-N specifica inoltre che la sua valutazione si fonda sulle conoscenze delle autorità *al momento delle loro decisioni* e non su un'analisi retrospettiva basata sulle conoscenze attuali. La Commissione sottolinea l'importanza di tenere presente il contesto dell'attività oggetto di verifica: le autorità federali interessate hanno dovuto prendere le loro decisioni in tempi stretti e sulla base di informazioni talvolta incomplete o incerte. La CdG-N parte dal presupposto che le spiegazioni che le sono state fornite dalle autorità federali interessate riflettano fedelmente le attività di allora.

¹¹ L'esame del criterio della legalità – e quindi la verifica del rispetto della Costituzione da parte del Consiglio federale – rientra nel mandato delle CdG. Queste ultime non approfondiscono tuttavia tale aspetto adottando la stessa ottica di un tribunale; conformemente ai loro principi d'azione, l'obiettivo delle CdG consiste in particolare nell'individuare gli elementi che giustificano un intervento politico, nel trarre insegnamenti per un'applicazione coerente della legislazione, nel contribuire a una migliore gestione degli affari e nell'agire per una maggiore trasparenza sull'attività delle autorità. La valutazione della CdG-N non si configura come attività giudiziaria e le sue conclusioni non pregiudicano eventuali decisioni future delle autorità giudiziarie.

3 Procedimento adottato dalla CdG-N

Le lettere inviate dal Comitato Giuristi sono state trattate dalla CdG-N quali domande ai sensi dell'articolo 129 della legge sul Parlamento (LParl)¹². La CdG-N ha incaricato la sua sottocommissione DFI/DATEC¹³ di procedere alle dovute indagini e di accertare i fatti.

La sottocommissione ha invitato il DFI e l'UFG a inviarle pareri scritti sugli aspetti sollevati dal Comitato Giuristi. Dato che le risposte di questi due organi rivestono un interesse pubblico, la sottocommissione ha deciso di pubblicarle, come allegato al presente rapporto (cfr. allegati 1 e 2), e ha altresì sentito i rappresentanti del DFI, dell'UFSP e dell'UFG¹⁴. Alla fine del 2022 la sottocommissione ha rivolto domande scritte complementari al DFI e all'Istituto svizzero per gli agenti terapeutici (Swiss-med).

Nel novembre 2022 la sottocommissione ha deciso di redigere un rapporto sintetico per presentare un riepilogo dei fatti di sua conoscenza ed esporre le proprie conclusioni. Il rapporto è stato posto in consultazione presso gli organi interessati. In occasione della seduta plenaria del 30 giugno 2023, la CdG-N ha esaminato e approvato la versione finale del rapporto e lo ha trasmesso al Consiglio federale. Nella stessa seduta ha inoltre deciso di pubblicarlo.

Il capitolo 4 contiene un breve riepilogo dei fatti. Nel capitolo 5 la CdG-N illustra le principali informazioni e spiegazioni raccolte presso gli organi competenti. Nel capitolo 6 la Commissione esprime infine la sua valutazione sotto il profilo dell'alta vigilanza parlamentare. Il capitolo 7 è dedicato alle conclusioni.

¹² Legge del 13 dic. 2002 sull'Assemblea federale (Legge sul Parlamento, LParl; RS 171.10). Conformemente all'art. 129 LParl, le CdG esaminano le domande dei cittadini sotto il profilo dell'alta vigilanza parlamentare nella misura in cui queste contengano elementi che consentono di individuare eventuali malfunzionamenti o lacune sistemiche nell'applicazione delle leggi o nella gestione degli affari delle autorità federali. Le domande non rappresentano tuttavia mezzi giuridici e non danno diritto ad alcuna pretesa giuridica da parte del soggetto che le formula. Le CdG sono libere di decidere se entrare nel merito delle domande che vengono poste loro ed eventualmente di stabilire il modo in cui intendono trattarle.

¹³ La sottocommissione DFI/DATEC della CdG-N è composta dai consiglieri nazionali Thomas de Courten (presidente), Angelo Barrile, Katja Christ, Alois Huber, Christian Imark, Matthias Samuel Jauslin, Priska Seiler Graf, Marianne Streiff-Feller (fino all'agosto 2022), Lilian Studer (a partire dall'agosto 2022) e Michael Töngi.

¹⁴ Lukas Gresch, segretario generale del DFI, Michael Gerber, capo della Divisione diritto e membro della direzione dell'UFSP, Fosca Gattoni Losey, capo supplente della sezione Diritto in materia di agenti terapeutici dell'UFSP, Susanne Kuster, capo dell'Ambito direzionale Diritto pubblico e direttrice supplente dell'UFG, Gabriel Gertsch, giurista, settore Legislazione I dell'UFG.

4 Riepilogo dei fatti

Nel marzo 2021 il Parlamento svizzero ha modificato la legge COVID-19¹⁵ introducendo – tra l’altro – l’articolo 6a, relativo al certificato COVID-19¹⁶. Contro questa modifica è stato indetto un referendum e il 28 novembre 2021 il Popolo svizzero l’ha approvata con il 62 per cento dei voti.

Il 19 maggio 2021 il Consiglio federale ha illustrato, a grandi linee, l’impiego previsto del certificato COVID-19 e ha inviato le sue proposte per consultazione ai Cantoni, alle parti sociali e alle commissioni parlamentari¹⁷. Il 4 giugno 2021 ha adottato l’ordinanza sui certificati COVID-19¹⁸, che concretizzava i compiti della Confederazione e dei Cantoni in tale ambito e nella quale si stabiliva che il certificato era destinato alle persone vaccinate, guarite o risultate negative al test (regola 3G¹⁹).

Il 23 giugno 2021²⁰ il Consiglio federale ha introdotto per la prima volta a livello di ordinanza una disposizione sull’uso del certificato COVID-19 (ordinanza COVID-19 situazione particolare)²¹. Tale disposizione consentiva l’accesso a discoteche e sale da ballo, nonché la partecipazione a grandi manifestazioni ai soli possessori di un certificato.

Dato il forte aumento dei casi di COVID-19 nell’agosto 2021, il Consiglio federale ha deciso il 25 agosto di avviare una consultazione sull’estensione dell’obbligo del certificato²². L’8 settembre 2021, considerata la difficile situazione negli ospedali, il Consiglio federale ha deciso di estendere l’obbligo di esibire il certificato alle strutture culturali e per il tempo libero²³.

Il 3 dicembre 2021²⁴, con la comparsa della variante Omicron – che a fine novembre l’Organizzazione mondiale della sanità (OMS) aveva classificato come preoccupante – e un nuovo aumento dei pazienti ospedalizzati, il Consiglio federale ha deciso

¹⁵ Legge federale del 25 set. 2020 sulle basi legali delle ordinanze del Consiglio federale volte a far fronte all’epidemia di COVID-19 (legge COVID-19; RS **818.102**); la versione interessata è quella del 20.3.2021.

¹⁶ Tale articolo riguardava i requisiti tecnici applicabili al rilascio del certificato, ma non precisava le modalità del suo utilizzo, eccetto il fatto che il certificato deve «poter essere utilizzato, per quanto possibile, per entrare in altri Paesi e uscirne».

¹⁷ Coronavirus: il Consiglio federale concretizza l’impiego del certificato COVID, comunicato stampa del Consiglio federale del 19.5.2021.

¹⁸ Ordinanza del 4 giu. 2021 concernente i certificati attestanti l’avvenuta vaccinazione anti-COVID-19, la guarigione dalla COVID-19 o il risultato di un test COVID-19 (Ordinanza sui certificati COVID-19; RS **818.102.2**).

¹⁹ «Geimpft, genesen, getestet» (*vaccinato, guarito, risultato negativo al test*).

²⁰ Coronavirus: il Consiglio federale decide nuovi, grandi allentamenti e agevola l’entrata in Svizzera, comunicato stampa del Consiglio federale del 23.6.2021.

²¹ Ordinanza del 23 giu. 2021 sui provvedimenti per combattere l’epidemia di COVID-19 nella situazione particolare (Ordinanza COVID-19 situazione particolare; RS **818.101.26**). Tale ordinanza si basava sull’art. 6 cpv. 2 lett. a e b LEP.

²² Coronavirus: il Consiglio federale avvia preventivamente una consultazione sull’estensione dell’obbligo del certificato, comunicato stampa del Consiglio federale del 25.8.2021. Tale proposta è stata accolta positivamente dai Cantoni.

²³ Coronavirus: il Consiglio federale estende l’obbligo del certificato e pone in consultazione nuove disposizioni per l’entrata in Svizzera, comunicato stampa del Consiglio federale dell’8.9.2021.

²⁴ Coronavirus: il Consiglio federale rafforza i provvedimenti contro la pandemia, comunicato stampa del Consiglio federale del 3.12.2021.

di estendere per l'ennesima volta l'ambito di applicazione del certificato²⁵. Nell'ordinanza si introduceva altresì la possibilità di consentire l'accesso alle manifestazioni e agli stabilimenti alle sole persone vaccinate o guarite (regola 2G).

Ritenendo che l'evoluzione della situazione fosse «molto critica», il 10 dicembre 2021 il Consiglio federale ha posto in consultazione due proposte di inasprimento delle misure sanitarie²⁶. Il 17 dicembre²⁷ ha infine optato per l'estensione della regola 2G a diversi ambiti²⁸, abbinandola in parte a un obbligo di test (regola 2G+)²⁹. La validità di queste misure era limitata al 24 gennaio 2022.

Il 31 dicembre 2021 il Consiglio federale ha rinunciato ad adottare misure più restrittive, in considerazione delle incertezze sulla futura evoluzione della situazione epidemiologica relativa alla variante Omicron³⁰.

Il 19 gennaio 2022, dopo avere consultato i Cantoni e le varie parti sociali, il Consiglio federale ha deciso di prorogare le misure di contrasto alla pandemia (e in particolare le regole 3G, 2G e 2G+) fino alla fine di marzo 2022, impegnandosi a «verificare costantemente se l'evoluzione della pandemia consente di anticiparne la revoca»³¹. Alla luce dell'evoluzione positiva della situazione negli ospedali, il 16 febbraio 2022 il Consiglio federale ha infine deciso di revocare pressoché la totalità delle misure sanitarie a partire dal giorno successivo, comprese tutte le regole sul certificato COVID-19³². Il 30 marzo 2022 il Consiglio federale ha comunicato la fine della «situazione particolare» ai sensi della LEP a decorrere dal 1° aprile e ha abrogato le ultime misure sanitarie in vigore³³.

²⁵ Segnatamente per tutte le manifestazioni pubbliche, le attività sportive e culturali amatoriali che si svolgevano al chiuso e gli eventi all'aperto a partire da 300 partecipanti.

²⁶ Coronavirus: il Consiglio federale pone in consultazione due varianti di provvedimenti più restrittivi, comunicato stampa del Consiglio federale del 10.12.2021.

²⁷ Coronavirus: il Consiglio federale decide di inasprire i provvedimenti, comunicato stampa del Consiglio federale del 17.12.2021.

²⁸ In particolare all'interno dei ristoranti, delle strutture per la cultura, lo sport e il tempo libero, come pure agli eventi che si svolgevano al chiuso, unitamente all'uso obbligatorio della mascherina.

²⁹ In particolare per le prove di gruppi di strumenti a fiato, le discoteche e i bar, ma soltanto per le persone la cui vaccinazione o guarigione erano avvenute da oltre quattro mesi.

³⁰ Coronavirus: il Consiglio federale ha fatto il punto della situazione epidemiologica, comunicato stampa del Consiglio federale del 31.12.2021.

³¹ Coronavirus: quarantena e obbligo del telelavoro in vigore fino a fine febbraio, gli altri provvedimenti provvisoriamente fino a fine marzo, comunicato stampa del Consiglio federale 19.1.2022.

³² Coronavirus: il Consiglio federale revoca i provvedimenti – ancora in vigore fino a fine marzo soltanto l'obbligo della mascherina sui trasporti pubblici e nelle strutture sanitarie e l'isolamento, comunicato stampa del Consiglio federale del 16.2.2022.

³³ Coronavirus: ritorno alla situazione normale e pianificazione della fase transitoria fino alla primavera del 2023, comunicato stampa del Consiglio federale del 30.3.2022.

5 Accertamento dei fatti

In questo capitolo la CdG-N espone le informazioni e le spiegazioni che le sono state fornite dal DFI, dall'UFSP e dall'UFG. Le informazioni tratte dai pareri scritti del DFI e dell'UFG sono presentate in forma sintetica, in quanto i documenti in questione sono disponibili in allegato³⁴.

Innanzitutto la Commissione si pronuncia sulle modalità con cui l'UFSP e l'UFG hanno svolto la verifica dei criteri costituzionali nel caso in esame e si sono coordinati a tal fine (n. 5.1). Successivamente illustra le spiegazioni che le sono state fornite dalle autorità circa il risultato di tale verifica per ciascuno dei tre criteri (base legale, interesse pubblico, proporzionalità) (n. 5.2).

A titolo di osservazione preliminare, la Commissione sottolinea l'importanza di valutare l'attività delle autorità nel contesto storico in cui è stata svolta³⁵. Nel dicembre 2021 la Svizzera, al pari della maggior parte dei Paesi del mondo, doveva affrontare una grave ondata pandemica dovuta alla combinazione della variante Delta (prevalente in Svizzera a partire dal mese di agosto) e della nuova variante Omicron (classificata come preoccupante dall'OMS a fine novembre). Il numero di casi confermati in laboratorio era in forte aumento dall'inizio di novembre³⁶, esattamente come le ospedalizzazioni³⁷ e i decessi³⁸, e il sistema sanitario sempre più sotto pressione. All'epoca vi era grande incertezza sulla gravità della variante Omicron. Alla luce di questa situazione, i principali obiettivi del Consiglio federale erano limitare l'impatto della pandemia sui singoli individui (soprattutto sulle persone non immunizzate) e sul sistema sanitario (in particolare preservando l'operatività dei reparti di terapia intensiva)³⁹.

³⁴ I rimandi ai rispettivi passaggi delle lettere sono riportati nelle note a piè di pagina.

³⁵ L'importanza del contesto è stata sottolineata più volte anche dal DFI. Il Dipartimento ha fatto presente alla CdG-N che il Consiglio federale aveva preso decisioni consapevoli e coscienti, sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili, fondandosi in particolare sulle competenze ed esperienze dell'UFSP e della task force scientifica svizzera (*Swiss National Covid-19 Science Taskforce*, SN-STF).

³⁶ Media giornaliera su sette giorni: 2183 casi giornalieri dichiarati alla data dell'1.11.2021, 8560 casi giornalieri dichiarati alla data del 17.12.2021. Fonte: UFSP, Dashboard COVID-19 Svizzera, www.covid19.admin.ch (consultato da ultimo il 15.12.2022).

³⁷ Media giornaliera su sette giorni: 43,57 ospedalizzazioni giornaliere alla data dell'1.11.2021, 118 ospedalizzazioni giornaliere alla data del 17.12.2021. Fonte: UFSP, Dashboard COVID-19 Svizzera, www.covid19.admin.ch (consultato da ultimo il 15.12.2022). La soglia delle 300 persone malate di COVID-19 ricoverate in terapia intensiva è stata superata il 13.12.2021.

³⁸ Media giornaliera su sette giorni: 4,14 decessi giornalieri alla data dell'1.11.2021; 27,57 decessi giornalieri alla data del 17.12.2021. Fonte: UFSP, Dashboard COVID-19 Svizzera, www.covid19.admin.ch (consultato da ultimo il 15.12.2022).

³⁹ Cfr. in particolare Coronavirus: il Consiglio federale decide di inasprire i provvedimenti, comunicato stampa del Consiglio federale del 17.12.2021.

5.1 Verifica dei criteri costituzionali da parte delle autorità federali competenti

In primo luogo la CdG-N si è informata sulle modalità con cui le autorità federali competenti avevano verificato se, nell'ambito della preparazione delle decisioni del Consiglio federale sull'estensione del certificato COVID-19, fossero stati soddisfatti i criteri dell'articolo 36 Cost.

Il DFI e l'UFSP hanno riferito di aver provveduto con regolarità al riesame delle misure sanitarie sotto il profilo della proporzionalità, alla luce dell'obiettivo di protezione del sistema sanitario⁴⁰. L'UFSP ha precisato che anche la limitazione temporale delle misure aveva fatto sì che le autorità si interrogassero puntualmente sulla pertinenza delle medesime⁴¹.

Dal canto suo l'UFG ha il compito di verificare tutti i progetti di atti normativi sotto il profilo della costituzionalità e legalità, della conformità al diritto nazionale e internazionale e della compatibilità con lo stesso, nonché della correttezza materiale⁴². L'Ufficio ha spiegato alla CdG-N che il controllo della conformità delle ordinanze COVID-19 si è rivelato particolarmente complesso, viste le scadenze molto ravvicinate, e che lo stesso UFSP era sottoposto a una forte pressione temporale. Talvolta, all'UFG sono stati sottoposti i progetti di revisione senza rapporto esplicativo⁴³. La direttrice supplente ha spiegato che l'UFG non disponeva di informazioni sufficienti per verificare autonomamente la proporzionalità delle misure proposte e che quindi l'Ufficio aveva spesso dovuto limitarsi ad accertare che i progetti che gli venivano sottoposti non contenessero violazioni manifeste dei diritti fondamentali e che i testi mantenessero una certa coerenza. Per la valutazione, ha inoltre precisato la direttrice, l'Ufficio si era basato sulle conoscenze scientifiche disponibili pubblicamente e sulle conclusioni della SN-STF⁴⁴.

Stando alle informazioni ricevute, l'UFSP e l'UFG si sono consultati con una certa frequenza e in modo approfondito sulla proporzionalità delle misure sanitarie, anche al di fuori delle procedure formali di consultazione, in particolare mediante conferenze telefoniche⁴⁵. L'UFSP ha ammesso che questi scambi avvenivano spesso con un preavviso breve e non consentivano di procedere in modo articolato, come sarebbe stato auspicabile in tempi normali⁴⁶. Secondo l'Ufficio, le questioni sollevate dall'UFG nell'ambito delle consultazioni sono state oggetto di discussioni e analisi approfondite⁴⁷.

⁴⁰ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁴¹ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022. Il segretario generale del DFI ha altresì sottolineato come la necessità di adeguarsi continuamente alla volatilità della situazione epidemiologica, garantendo nel contempo la stabilità sul piano giuridico, abbia rappresentato una sfida.

⁴² Lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 22 e 23. Secondo l'Ufficio, il controllo astratto non può essere esaustivo, ma permette di evitare eventuali manifeste violazioni del diritto determinante.

⁴³ Lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 23.

⁴⁴ Audizione dell'UFG del 29.4.2022.

⁴⁵ Audizione dell'UFG del 29.4.2022; audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁴⁶ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁴⁷ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 58.

Il segretario generale del DFI ha poi sottolineato che il Consiglio federale effettuava sempre una valutazione finale della proporzionalità delle misure secondo una ponderazione degli interessi nella quale confluivano non soltanto le riflessioni interne all'Amministrazione federale, ma anche il parere dei Cantoni, delle parti sociali e delle commissioni parlamentari.

La Commissione si è informata sul modo in cui l'UFSP ha verificato la proporzionalità delle misure concernenti il certificato COVID-19 tra dicembre 2021 e gennaio 2022. Ne è emerso, in particolare, che nel dicembre 2021 l'UFSP ha ritenuto l'estensione del certificato una misura proporzionata, in quanto consentiva di evitare provvedimenti più severi, segnatamente le chiusure generalizzate (v. anche n. 5.2.3). In seguito l'Ufficio ha comunque informato l'UFSP delle proprie riserve al riguardo.

Sotto l'aspetto cronologico, la Commissione rileva:

- dal 10 al 14 dicembre 2021 l'UFSP ha svolto una consultazione degli uffici sulle due varianti di revisione dell'ordinanza COVID-19, in vista della seduta del Consiglio federale del 17 dicembre. Stando all'UFSP, le sue osservazioni hanno riguardato soprattutto la precisione delle regole prospettate⁴⁸. Secondo la direttrice supplente, l'UFSP ha sostenuto implicitamente la valutazione dell'UFSP, secondo cui l'estensione del certificato COVID-19 per proteggere il sistema sanitario adempiva il criterio della proporzionalità (v. paragrafo precedente)⁴⁹. Essa ha ammesso che l'UFSP non era stato in grado, per mancanza di tempo, di approfondire la questione della proporzionalità di questa misura nel lungo periodo e che si era concentrato su altri aspetti; ha tuttavia sottolineato che, all'epoca, le conoscenze sulla nuova variante Omicron erano ancora molto vaghe, precisando che l'Ufficio aveva espresso le proprie riserve al riguardo nelle settimane successive (v. più avanti)⁵⁰;
- il 22 dicembre 2021 l'UFSP ha sottoposto per consultazione agli uffici una serie di nuove misure, compresa l'estensione delle regole 2G+ e 3G. In base alle nuove conoscenze scientifiche sulla variante Omicron, tuttavia, l'UFSP ha messo esplicitamente in discussione la proporzionalità di tali misure, poiché comportavano una grave restrizione delle libertà individuali e della libertà economica. A suo avviso, l'obiettivo di protezione della salute pubblica poteva essere conseguito attraverso misure più moderate. A seguito di questo parere, l'UFSP ha deciso di non proporre al Consiglio federale l'inasprimento delle misure⁵¹;
- il 17 gennaio 2022 l'UFSP ha inviato all'UFSP un nuovo parere, nel quale formulava delle riserve sulla proporzionalità di una proroga delle misure sanitarie relative al certificato, invitandolo a verificare ancora una volta la fondatezza di tali misure⁵². L'UFSP ha riferito che in seguito era stato in stretto contatto con l'UFSP in proposito⁵³. Il 19 gennaio il Consiglio federale ha infine

⁴⁸ Lettera dell'UFSP del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 18–21.

⁴⁹ Audizione dell'UFSP del 29.4.2022.

⁵⁰ Audizione dell'UFSP del 29.4.2022.

⁵¹ Lettera dell'UFSP del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 24–26.

⁵² Lettera dell'UFSP del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 27.

⁵³ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

deciso di prorogare l'obbligo del certificato fino alla fine di marzo⁵⁴, impegnandosi a monitorare costantemente l'evoluzione della pandemia e ad abolire le misure adottate non appena possibile.

5.2 Spiegazioni delle autorità federali competenti sul risultato della verifica dei criteri costituzionali

La CdG-N espone di seguito le spiegazioni fornite dal DFI, dall'UFSP e dall'UFG – in vista della decisione del Consiglio federale del 17 dicembre 2021 – sul risultato della loro verifica del rispetto dei tre criteri in base ai quali l'articolo 36 Cost. prevede la restrizione dei diritti fondamentali. Come precisato all'inizio del presente rapporto (v. cap. 2), la CdG-N ritiene che tali spiegazioni riflettano la valutazione e le conoscenze delle autorità al momento delle rispettive decisioni.

Nell'ambito dei propri scambi, la Commissione ha altresì affrontato insieme alle unità interessate diverse questioni di carattere generale collegate a questo caso; esse sono illustrate nel presente testo.

5.2.1 Criterio della base legale

L'articolo 36 capoverso 1 Cost. prevede che le restrizioni dei diritti fondamentali devono avere una base legale e, se gravi, devono essere sancite in una legge federale. Sono eccettuate le restrizioni ordinate in caso di pericolo grave, immediato e non altrimenti evitabile. Secondo il Comitato Giuristi tali condizioni non erano soddisfatte al momento della decisione del Consiglio federale del 17 dicembre 2021. Di avviso contrario, il DFI e l'UFG hanno sottoposto alla Commissione la loro valutazione giuridica in proposito.

Secondo l'articolo 5 capoverso 1 Cost., il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato (*criterio della legalità*). Dei quattro elementi costitutivi di tale criterio⁵⁵, il Comitato Giuristi metteva in discussione, nel caso concreto, il rispetto delle esigenze di *range normativo*⁵⁶ e di *determinatezza*⁵⁷.

Secondo le spiegazioni dell'UFG e dell'UFSP, l'estensione del certificato COVID-19 decisa il 17 dicembre 2021 si basava sull'articolo 6 capoverso 2 lettera b LEP⁵⁸. Tale articolo prevede che in situazioni particolari il Consiglio federale possa ordinare prov-

⁵⁴ In particolare questa misura godeva dell'ampio sostegno dei Cantoni.

⁵⁵ Esigenza della norma di diritto (presenza di una norma generale e astratta), esigenza della divulgazione sufficiente (pubblicazione della norma secondo le regole), esigenza del rango normativo (v. più avanti), esigenza della determinatezza (v. più avanti).

⁵⁶ Per ulteriori informazioni si veda la lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 3–5. Emanare sotto forma di legge federale le disposizioni che limitano fortemente i diritti fondamentali.

⁵⁷ Le norme devono essere sufficientemente precise affinché il soggetto di diritto possa orientare il proprio comportamento in funzione di tale norma e comprendere le conseguenze di un dato comportamento.

⁵⁸ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 36; lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 6.

vedimenti nei confronti della popolazione o di gruppi specifici di persone. L'UFG ritiene che il criterio del *ranko normativo* sia soddisfatto, in quanto l'articolo 6 LEp rappresenta una disposizione di legge in senso formale⁵⁹.

Per quanto concerne il criterio della *determinatezza*, l'UFG ha riconosciuto dinanzi alla CdG-N la formulazione generica dell'articolo 6 LEp, sottolineando tuttavia che tale disposizione doveva essere vista nel contesto degli altri articoli della LEp⁶⁰, in particolare degli articoli 31–38 e 40, nei quali il legislatore ha precisato le misure che possono essere adottate dal Consiglio federale in caso di situazioni particolari⁶¹. L'UFG ha spiegato che, pur concretizzando la norma di principio dell'articolo 6 LEp, l'elenco dei provvedimenti non era esaustivo e che il legislatore aveva volutamente lasciato al Consiglio federale un ampio margine discrezionale, in quanto non era possibile stabilire in anticipo tutte le misure necessarie per far fronte alla pandemia⁶².

Secondo l'UFG il fatto che il certificato non venga citato espressamente nella LEp non è di fondamentale importanza. A tale riguardo l'Ufficio fa valere il fatto che l'articolo 40 LEp autorizza il Consiglio federale ad adottare provvedimenti particolarmente incisivi per contrastare le malattie trasmissibili, come chiudere le scuole o vietare le manifestazioni. Pertanto, se il governo ha il potere di adottare provvedimenti così drastici, a *maggior ragione* deve avere quello di adottare misure più moderate che perseguano lo stesso obiettivo: con il certificato obbligatorio il Consiglio federale intendeva evitare chiusure o divieti più severi⁶³. L'Ufficio ritiene altresì che la mancanza di un riferimento esplicito al certificato COVID-19 nella LEp fosse compatibile con la giurisprudenza del Tribunale federale sulla determinatezza⁶⁴.

Alla luce di questi elementi, l'UFG è giunto alla conclusione che l'articolo 6 LEp in combinato disposto con l'articolo 40 LEp e con l'ordinanza COVID-19 situazione particolare costituisce una base legale sufficientemente precisa per introdurre l'obbligo del certificato. L'Ufficio ha puntualizzato che il fatto di sapere se i provvedimenti decisi in virtù di tale base legale rispondessero a un interesse pubblico sufficiente e fossero o meno proporzionati debba essere verificato separatamente (cfr. al riguardo n. 5.2.2 e 5.2.3)⁶⁵.

La CdG-N ha chiesto all'UFG se nel 2021 aveva considerato la possibilità di modificare la LEp o la legge COVID-19 per inserire una menzione più esplicita del certi-

⁵⁹ Lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 7.

⁶⁰ Lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 9 e 10.

⁶¹ Lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 10. Per quanto concerne i provvedimenti nei confronti della popolazione o di determinati gruppi di persone, l'art. 40 LEp prevede la possibilità di vietare o limitare manifestazioni (lett. a), chiudere scuole, altre istituzioni pubbliche e imprese private o emanare prescrizioni concernenti il loro esercizio (lett. b) o ancora vietare o limitare l'accesso a determinati edifici e aree e l'uscita dagli stessi, nonché talune attività in luoghi determinati (lett. c). Cfr. in proposito la lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 36; lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 10.

⁶² Lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 11, 12 e 17. La direttrice supplente dell'UFG ha sottolineato dinanzi alla Commissione che il Parlamento, durante la pandemia, avrebbe avuto la possibilità di ridurre tale margine discrezionale modificando la legge, se l'avesse ritenuto necessario, ma che non l'aveva fatto.

⁶³ Lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 12. Secondo l'UFG questo modo di procedere deriva dal principio della proporzionalità previsto dalla Costituzione.

⁶⁴ Lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 13–16.

⁶⁵ Lettera dell'UFG del 13.4.2022 (v. all. 2), par. 17.

cato quale strumento di attuazione di misure sanitarie, dati l'importanza e il carattere potenzialmente controverso di quest'ultimo. La direttrice supplente dell'Ufficio ha riferito che non si era discusso di una simile integrazione, in quanto le autorità federali partivano dal principio che le basi legali esistenti fossero sufficienti e garantissero al Consiglio federale una certa flessibilità per reagire alla pandemia in funzione del suo andamento.

Alla Commissione, i rappresentanti dell'UFSP hanno spiegato che nel febbraio 2021 l'UFG aveva redatto una perizia⁶⁶, che aveva poi fornito il quadro per l'attuazione del certificato. A loro avviso, in quel momento non era ancora possibile prevedere quale sarebbe stata la portata di tale strumento e sarebbe dunque stato troppo presto definire un quadro normativo più dettagliato⁶⁷.

La CdG-N si è altresì chiesta se non sarebbe stato opportuno disciplinare in modo più esplicito l'*obiettivo del certificato* a livello di legge, per inquadrarne con maggiore precisione l'utilizzo da parte del Consiglio federale e permettere così una migliore valutazione della proporzionalità di tale misura. Secondo l'UFG, l'articolo 6 LEp doveva essere considerato nel contesto generale della legge, il cui scopo principale era quello di contrastare la propagazione della pandemia, e che l'ambito e lo scopo dell'applicazione del certificato erano precisati anche a livello di ordinanza⁶⁸.

Per quanto concerne gli insegnamenti per il futuro, l'UFSP si è detta favorevole allo svolgimento di un esame approfondito, in occasione della revisione della LEp, che analizzi il quadro normativo applicabile allo stato immunitario in caso di pandemia⁶⁹, visto il notevole impatto di tale aspetto sulla società.

Più in generale, la CdG-N si è anche chiesta se non sia opportuno introdurre un obbligo da parte del Consiglio federale di *corredare sistematicamente le proprie ordinanze*⁷⁰ di una spiegazione, per rendere ancora più trasparenti le riflessioni e gli obiettivi su cui si basano le disposizioni in questione. I rappresentanti dell'UFSP e dell'UFG⁷¹ hanno sottolineato che le ordinanze del Consiglio federale sono sempre state accompagnate da un rapporto esplicativo, che solitamente contiene informazioni sui motivi delle disposizioni in questione, in particolare in vista della consultazione dei Cantoni. Tali rappresentanti hanno ammesso che in alcuni casi sarebbe stata auspicabile, sul piano giuridico, un'esposizione più esaustiva delle motivazioni, ma hanno anche evidenziato la forte pressione temporale alla quale erano sottoposti gli

⁶⁶ «Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal», nota dell'UFG del 18.2.2021. In tale perizia, pubblicata il 18.2.2021, l'UFG approfondiva la questione di sapere se fosse giuridicamente ammissibile trattare in modo diverso le persone vaccinate da quelle non vaccinate. L'Ufficio concludeva che, nell'esercizio di un compito dello Stato, una tale distinzione doveva poggiare su una base legale e rispettare il principio della parità di trattamento nonché, per quanto concerne i diritti fondamentali, essere giustificata da un interesse pubblico ed essere proporzionata. L'UFG indicava inoltre che in determinate circostanze la parità di trattamento poteva esigere un trattamento distinto delle persone vaccinate. Stando all'UFG, questo documento è stato discusso in particolare in seno alle Commissioni degli affari giuridici delle Camere federali.

⁶⁷ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁶⁸ Audizione dell'UFG del 29.4.2022.

⁶⁹ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁷⁰ In particolare quelle relative alla legislazione d'urgenza o agli artt. 6 e 7 LEp.

⁷¹ Audizione dell'UFG del 29.4.2022; audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

uffici incaricati dell'elaborazione di tali documenti. Sono quindi giunti alla conclusione che una tale misura, che rifletterebbe una pratica corrente, non farebbe altro che generare una mole considerevole di lavoro formale supplementare, poco opportuna in una situazione di crisi.

5.2.2 Criterio dell'interesse pubblico preponderante

L'articolo 36 capoverso 2 Cost. stabilisce che le restrizioni dei diritti fondamentali devono essere giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui. Nella sua richiesta di chiarimento il Comitato Giuristi ritiene che il 17 dicembre 2021, ovvero al momento dell'estensione del certificato COVID-19, tale condizione non fosse soddisfatta. Nel caso in esame l'interesse pubblico consiste nella protezione della salute pubblica da una minaccia effettiva.

Ad avviso del DFI, il rischio di sovraccaricare il sistema sanitario, dovuto alla combinazione delle varianti Delta e Omicron nel dicembre 2021, costituiva una minaccia per la salute pubblica svizzera⁷². L'UFSP ha evidenziato alla Commissione che all'inizio di dicembre 2021 la sorveglianza epidemiologica era stata messa a dura prova e che, in base alle conoscenze di allora, lo scenario più plausibile era quello di un aumento delle ospedalizzazioni⁷³. Secondo il DFI le misure adottate puntavano alla salvaguardia dell'interesse pubblico alla salute senza sovraccaricare il sistema sanitario⁷⁴.

In risposta alle affermazioni del Comitato Giuristi, il DFI ha illustrato, nel suo parere scritto, diversi elementi che a suo avviso attestano l'esistenza di una minaccia per la salute pubblica nell'inverno 2021–2022. In particolare, il Dipartimento solleva la questione della sovramortalità nel corso di più settimane⁷⁵, come pure quella di un sovraccarico del sistema ospedaliero e del conseguente rinvio degli interventi non urgenti⁷⁶.

Il DFI ha inoltre risposto alle critiche che mettono in discussione l'adeguatezza degli indicatori utilizzati per valutare la minaccia alla salute pubblica rappresentata dalla COVID-19, sostenendo che l'indicatore del *numero di casi* era un criterio adeguato per effettuare una stima dell'andamento della pandemia⁷⁷. Il DFI ha tuttavia evidenziato che per valutare la situazione epidemiologica il Consiglio federale si era basato su un insieme di più indicatori (casi, ospedalizzazioni, decessi e tasso di occupazione delle unità di terapia intensiva)⁷⁸ e che tali indicatori erano stati ripetutamente con-

⁷² Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 34.

⁷³ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁷⁴ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 34.

⁷⁵ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 6.

⁷⁶ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 8 e 12.

⁷⁷ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 23.

⁷⁸ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 24. I valori indicativi riguardanti tali indicatori sono stati pubblicati dal Consiglio federale nel maggio 2021 nell'ambito del «modello a tre fasi».

trollati nel corso della pandemia⁷⁹. Il segretario generale del DFI ha infatti spiegato alla Commissione che dal momento in cui la maggior parte della popolazione era vaccinata il criterio del numero di casi aveva perso valore. Dal mese di agosto 2021 il Consiglio federale aveva pertanto fatto del tasso di occupazione degli ospedali il principale criterio di valutazione della situazione e in seguito si era basato esclusivamente su di esso⁸⁰.

Analogamente, di fronte alle critiche del Comitato Giuristi sulla scarsa affidabilità dei test PCR⁸¹, il DFI ha ammesso che questi non permettono da soli di trarre conclusioni solide circa un'eventuale minaccia reale per la salute pubblica e che per questa ragione nel corso della pandemia sono state utilizzate diverse fonti di dati a sostegno dei processi decisionali⁸². Il segretario generale del DFI ha spiegato che di fronte a una pandemia così complessa non era realistico definire anticipatamente indicatori adeguati, ad esempio a livello di legge⁸³.

Il DFI ha altresì confutato tre affermazioni del Comitato Giuristi, che tendevano a relativizzare la gravità della situazione sanitaria di quel momento. In primo luogo ha spiegato che, contrariamente alle affermazioni del Comitato, il carico del sistema sanitario era dovuto soprattutto alle persone non vaccinate, essendo queste ultime in proporzione molto più rappresentate nei casi di ospedalizzazione e decesso⁸⁴. In secondo luogo ha sottolineato che anche le persone infettate asintomatiche potevano contribuire alla diffusione del virus, diversamente da quanto affermato da alcuni nel corso della pandemia⁸⁵. In terzo luogo ha aggiunto che la dissociazione osservata durante la pandemia tra l'indicatore «numero di casi confermati in laboratorio» e l'indicatore «numero di decessi confermati in laboratorio» non rifletteva, come invece sosteneva il Comitato Giuristi, una pratica eccessiva di test finalizzata a creare una situazione di minaccia sanitaria in modo artificioso. Essa si spiegava invece con la copertura vaccinale elevata all'interno della popolazione a rischio e con il fatto che la variante Omicron aveva provocato un numero inferiore di decorsi gravi della malattia⁸⁶.

Più in generale, il Comitato Giuristi ha criticato il fatto che durante la pandemia la Svizzera abbia adottato pedissequamente il quadro di minaccia sanitaria emanato dall'OMS. L'UFSP ha sottolineato alla CdG-N che in Svizzera la dichiarazione di «situazione particolare» secondo l'articolo 6 capoverso 1 LEP si basava non soltanto sulle segnalazioni dell'OMS (lett. b), ma anche sul rischio concreto per la salute pub-

⁷⁹ La CdG-N ha rilevato che in effetti gli indicatori epidemiologici utilizzati dalla Confederazione erano stati puntualmente perfezionati e integrati nel corso della pandemia. Pertanto, a partire dal giugno 2020, l'Istituto federale svizzero di scienza e tecnologia acquatica (EAWAG) aveva sviluppato un progetto per calcolare la carica virale della COVID-19 nelle acque reflue. Dall'estate 2022, l'indicatore corrispondente figura nel dashboard pubblico dell'UFSP.

⁸⁰ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁸¹ *Polymerase Chain reaction*, reazione a catena della polimerasi.

⁸² Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 26.

⁸³ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁸⁴ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 14–17.

⁸⁵ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 30.

⁸⁶ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 33.

blica in Svizzera (lett. a⁸⁷). L'UFSP ha precisato che il Consiglio federale non basa[va] le proprie decisioni esclusivamente sulle raccomandazioni dell'OMS e che il messaggio sulla LEp escludeva in modo chiaro qualsiasi automatismo⁸⁸. L'Ufficio ha inoltre ricordato che la situazione particolare era stata abolita in Svizzera prima che l'OMS consigliasse di farlo⁸⁹.

Il Comitato Giuristi ha altresì rilevato che il mantenimento della «situazione particolare» ai sensi dell'articolo 6 LEp per quasi due anni non sarebbe conforme al criterio della proporzionalità previsto dalla Costituzione. L'UFG e l'UFSP hanno spiegato alla CdG-N che questa critica non è ricevibile sul piano giuridico, in quanto l'articolo 6 LEp stabilisce esclusivamente le competenze (ossia quale organo è competente per l'adozione dei provvedimenti⁹⁰). Il criterio della proporzionalità non si riferisce dunque al fatto di sapere *quale organo sia competente*, ma al fatto di sapere *quali misure concrete di contrasto alla pandemia siano ammissibili*⁹¹. Per quanto concerne il mantenimento della situazione particolare, l'UFG ha evidenziato che il Consiglio federale godeva di un margine discrezionale voluto dal legislatore⁹².

In relazione a quanto precede, la CdG-N si è anche chiesta se i criteri dell'articolo 6 capoverso 1 LEp, finalizzati a definire il passaggio alla «situazione particolare», rispettivamente il mantenimento di quest'ultima, dovrebbero essere precisati alla luce delle esperienze maturate durante la pandemia. Secondo l'UFG, una definizione più chiara del criterio di «pericolo per la salute pubblica» (cpv. 1 lett. a n. 2) offrirebbe determinati vantaggi⁹³. Anche l'UFSP ha concordato sul fatto che tale questione meritava di essere analizzata in modo approfondito, ha però sottolineato come sia importante che la LEp assicuri la flessibilità necessaria per consentirgli di affrontare rapidamente l'ampio ventaglio di possibili situazioni epidemiologiche⁹⁴.

Nelle sue lettere il Comitato Giuristi ha altresì formulato diverse critiche sulla gestione delle risorse per prestare cure intensive durante la pandemia e sulla riduzione delle capacità ospedaliere avvenuta negli ultimi anni⁹⁵. Considerato che il Parlamento ha

⁸⁷ La legge precisa tale minaccia nel modo seguente: «se gli organi esecutivi ordinari non sono in grado di prevenire e di combattere la comparsa e la propagazione di malattie trasmissibili e vi è uno dei seguenti rischi: 1. un rischio elevato di contagio e di propagazione, 2. un particolare pericolo per la salute pubblica, 3. un rischio di gravi conseguenze per l'economia o per altri settori vitali;».

⁸⁸ Messaggio del 3 dic. 2010 concernente la revisione della legge federale sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell'essere umano (FF 2011 283, in particolare 335).

⁸⁹ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁹⁰ In caso di «situazione particolare», la competenza per l'assunzione delle decisioni spetta al Consiglio federale, previa consultazione dei Cantoni. I Cantoni hanno comunque la possibilità di adottare provvedimenti nei settori che non sono stati regolamentati dal Consiglio federale.

⁹¹ L'UFG ha spiegato che questo è il motivo per cui durante la pandemia aveva incentrato la verifica della proporzionalità sulle singole misure concrete proposte e non sulla situazione particolare in quanto tale.

⁹² Audizione dell'UFG del 29.4.2022; audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁹³ Audizione dell'UFG del 29.4.2022. In particolare preservare le competenze proprie dei Cantoni e chiarire i confini tra le tre situazioni previste dalla LEp.

⁹⁴ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

⁹⁵ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 18–21.

trattato tale tematica più volte negli ultimi mesi⁹⁶ e che essa risulta solo indirettamente collegata all'aspetto esaminato nel presente rapporto, la CdG-N rinuncia ad approfondirla in questa sede.

5.2.3 Criterio della proporzionalità

Secondo l'articolo 36 capoverso 3 Cost., le restrizioni dei diritti fondamentali devono essere proporzionate allo scopo. Per essere considerata proporzionata, una misura deve soddisfare al tempo stesso i criteri dell'*adeguatezza* (permettere o agevolare la realizzazione dello scopo perseguito), della *necessità* (non eccedere quanto necessario per la realizzazione dello scopo perseguito se sono possibili altre misure più moderate) e della *proporzionalità in senso stretto* (gli oneri generati non devono essere sproporzionati rispetto al risultato auspicato).

Per quanto concerne l'*adeguatezza*, il Comitato Giuristi ha messo in discussione l'efficacia del certificato COVID-19 a tutela della salute pubblica, sostenendo che le persone vaccinate erano comunque esposte al rischio elevato di ammalarsi e di trasmettere il virus e che la COVID-19 non comportava un rischio maggiore rispetto all'influenza stagionale. Sentito dalla Commissione⁹⁷, il DFI ha nettamente smentito tali affermazioni, sottolineando in particolare che secondo tutti i dati internazionali e nazionali la vaccinazione contro la COVID-19 proteggeva dal decorso grave [della malattia] e contribuiva quindi in modo decisivo a ridurre il quoziente di morbidità. Ha inoltre aggiunto che la vaccinazione riduceva la trasmissione del virus, anche se era comunque possibile la contaminazione individuale⁹⁸. Il DFI ha infine presentato le cifre che dimostrano che in Svizzera, come pure nel resto del mondo, la mortalità da COVID-19 era stata decisamente superiore rispetto a quella dell'influenza stagionale. Il Dipartimento ha tuttavia ammesso che alcuni timori iniziali, ad esempio circa la vulnerabilità dei bambini nei confronti della COVID-19, non sono stati confermati.

Il DFI ha smentito anche le affermazioni del Comitato Giuristi secondo le quali l'adozione della regola 2G sarebbe stata controproducente, in quanto responsabile di un aumento di nuove infezioni e decessi all'interno delle case e degli istituti di cura. Secondo il Dipartimento l'analisi dei dati dimostra che il livello delle infezioni e dei decessi all'interno delle case e degli istituti di cura è rimasto molto basso in quel periodo e inferiore rispetto alle precedenti ondate della pandemia⁹⁹.

⁹⁶ Nel dicembre 2021 il Parlamento ha integrato nella legge COVID-19 l'art. 3 cpv. 4^{bis}, il quale precisa che al fine di rafforzare i servizi del settore sanitario nella crisi da COVID-19, i Cantoni finanziano le riserve di capacità necessarie per far fronte ai picchi di attività e definiscono le capacità necessarie previa consultazione della Confederazione. Il 10 marzo 2022 la Conferenza svizzera delle direttrici e dei direttori cantonali della sanità (CDS) ha emanato le raccomandazioni ai Cantoni per l'attuazione dell'articolo menzionato. Nel corso delle sessioni autunnale e invernale del 2022, il Parlamento ha dibattuto sull'opportunità di concretizzare le prescrizioni della legge in materia di capacità ospedaliere, ma alla fine non ha effettuato alcuna modifica sostanziale.

⁹⁷ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 41–51.

⁹⁸ Queste informazioni sono state confermate alla CdG-N anche da Swissmedic (cfr. riquadro).

⁹⁹ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 53 e 54.

Excursus: protezione indiretta del vaccino dalla COVID-19

Alla fine del 2022 sono stati espressi pubblicamente dubbi circa la capacità del vaccino contro la COVID-19 di impedire la trasmissione del virus ad altre persone (protezione indiretta)¹⁰⁰. A tale proposito la CdG-N ha posto domande complementari a Swissmedic e al DFI, per sapere quali fossero all'epoca le conoscenze scientifiche su tale aspetto e in che misura il criterio della protezione indiretta avesse influito sulla decisione del Consiglio federale del 17 dicembre 2021 circa l'estensione del certificato COVID-19¹⁰¹.

La Commissione ha preso nota del fatto che nel 2021 erano stati condotti numerosi studi internazionali sulla protezione indiretta, dai quali era emerso che la vaccinazione permetteva di ridurre la trasmissione del virus a livello individuale e la sua circolazione nella popolazione, ma che tale protezione non era assoluta e dipendeva da diversi fattori (in particolare dalla variante). All'inizio di dicembre 2021 le conoscenze sulla nuova variante Omicron erano ancora frammentarie¹⁰².

Il DFI ha fatto presente alla Commissione che l'obiettivo principale della campagna di vaccinazione della Confederazione era sempre stato la protezione *individuale diretta* da un'evoluzione grave della malattia e che quello della protezione indiretta era un aspetto secondario. Stando alle spiegazioni del Dipartimento, le decisioni del Consiglio federale relative al certificato COVID-19 si basavano sullo stesso concetto: la decisione di consentire l'accesso a determinati luoghi alle sole persone vaccinate o guarite si basava innanzitutto sul fatto che queste persone erano protette dalle forme gravi della malattia e dunque comportavano un rischio minore di sovraccarico del sistema sanitario (cfr. più avanti). Secondo il DFI, inoltre, ci si aspettava che, in una certa misura, la vaccinazione o la guarigione proteggesse dalla trasmissione.

La CdG-N ha svolto un'analisi delle informazioni divulgate dalle autorità federali durante tale periodo¹⁰³, constatando che l'argomento della protezione diretta dalle forme gravi della malattia era stata posta in primo piano, che l'argomento della protezione indiretta aveva avuto un ruolo secondario e che la comunicazione rifletteva in modo equilibrato le conoscenze scientifiche di allora.

- ¹⁰⁰ Cfr. ad es. «Die Ächtung der Ungeimpften», in: *Neue Zürcher Zeitung*, 11.11.2022. Tali dubbi sono scaturiti dalla dichiarazione rilasciata da una responsabile della società Pfizer, in occasione di un intervento al Parlamento europeo, secondo la quale, al momento dell'immissione sul mercato la società non aveva analizzato la protezione del vaccino dalla trasmissione del virus.
- ¹⁰¹ Lettera del DFI alla CdG-N del 20.1.2023 e lettera di Swissmedic alla CdG-N del 20.1.2023 (non pubblicate).
- ¹⁰² Le ricerche condotte in seguito hanno dimostrato che per questa variante l'effetto della vaccinazione in termini di protezione indiretta era modesto.
- ¹⁰³ In particolare: raccomandazioni di vaccinazione dell'UFSP del 26.11.2021, 21.12.2021 e 21.1.2022; comunicati stampa del 26.11.2021, 3.12.2021, 14.12.2021 e 21.12.2021, informazioni specialistiche alla stampa del 30.11.2021 e 3.12.2021.

Per quanto concerne il criterio della *necessità*, il DFI ha ritenuto¹⁰⁴ che le misure di restrizione delle libertà fondamentali legate al certificato non fossero eccessive, essendo limitate nella loro natura¹⁰⁵, nel tempo¹⁰⁶ e nello spazio¹⁰⁷.

Relativamente alla *proporzionalità in senso stretto*, il DFI ha infine esposto alla Commissione diversi elementi sui quali il Consiglio federale ha basato la propria ponderazione degli interessi, in particolare:

- la decisione di consentire l'accesso soltanto alle persone vaccinate o guarite era finalizzata soprattutto a ridurre il rischio di infezione delle persone non immunizzate – che trasmettono più facilmente il virus e possono ammalarsi gravemente – allo scopo di salvaguardare il sistema ospedaliero e garantire quindi la tutela dell'interesse pubblico della salute¹⁰⁸. Il Consiglio federale aveva indicato chiaramente fin dall'estate 2021 che la protezione del sistema sanitario rappresentava ormai l'obiettivo principale delle misure di contrasto alla pandemia¹⁰⁹;
- le autorità sono state attente a limitare i diritti fondamentali dei cittadini nella misura strettamente necessaria e per un periodo di tempo più breve possibile; si sono inoltre sempre impegnate per evitare nuove chiusure di stabilimenti e istituti, consapevoli che tali misure sarebbero state particolarmente gravose per gli operatori economici, culturali e sportivi¹¹⁰;
- occorreva inoltre limitare le restrizioni dei diritti fondamentali della popolazione immunizzata, poiché questa non gravava in modo particolarmente significativo sul sistema sanitario. In quest'ottica, limitare l'accesso a determinati luoghi pubblici alle sole persone munite di un certificato appariva la misura più moderata possibile¹¹¹;
- visti l'elevata resistenza della variante Omicron agli anticorpi e il rischio di trasmissione, sono stati applicati provvedimenti più restrittivi (uso della mascherina e regola 2G+) anche nei confronti delle persone vaccinate e guarite¹¹².

Il DFI ha inoltre sottolineato quanto sia importante tenere presente il contesto di allora, soprattutto le numerose incertezze sui rischi legati alla variante Omicron, individuata tre settimane prima. La CdG-N si è informata più approfonditamente circa le conoscenze scientifiche sulle quali il DFI si è basato al momento della sua proposta

¹⁰⁴ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 57.

¹⁰⁵ In quanto si trattava di condizioni per l'accesso e non di divieto totale di accesso.

¹⁰⁶ Le misure previste riguardavano un periodo di tempo limitato.

¹⁰⁷ Le misure si limitavano a determinati istituti e stabilimenti dei settori del tempo libero, dell'intrattenimento, dello sport e della cultura e non riguardavano l'offerta di beni e servizi di uso quotidiano.

¹⁰⁸ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 56.

¹⁰⁹ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022. Cfr. in merito in particolare Coronavirus: il Consiglio federale mantiene i provvedimenti di protezione e invita la popolazione a farsi vaccinare, comunicato stampa del Consiglio federale dell'11.8.2021.

¹¹⁰ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

¹¹¹ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

¹¹² Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 56.

al Consiglio federale in vista della decisione del 17 dicembre 2021¹¹³. La Commissione ha preso atto che i principali elementi noti all'epoca erano i seguenti: la variante Omicron sembrava più resistente agli anticorpi e molto più trasmissibile della variante Delta, la protezione vaccinale dalla variante Omicron sembrava più debole, la gravità dell'evoluzione della malattia non era chiara e i tassi di ospedalizzazione erano in aumento in diversi Paesi colpiti da quest'ultima variante. Per di più, in Svizzera il tasso di occupazione delle unità di terapia intensiva si stava avvicinando a una soglia critica e il numero dei decessi era quadruplicato nell'arco di un mese e mezzo, mentre le capacità di test erano al limite¹¹⁴. Le autorità erano particolarmente preoccupate per i rischi di un effetto combinato delle varianti Delta e Omicron. Secondo il DFI e l'UFSP, l'unica deduzione logica in base a quanto osservato fino ad allora era che un eventuale aumento dei casi avrebbe provocato anche un incremento delle ospedalizzazioni e che il sistema sanitario rischiava di arrivare al limite delle proprie capacità. Il DFI ritiene che in quella fase non fosse possibile prevedere che il livello di gravità di Omicron sarebbe poi risultato inferiore a quanto temuto¹¹⁵.

Alla luce di questi elementi, il DFI sostiene che le restrizioni dei diritti fondamentali legate al certificato fossero adeguate, necessarie e proporzionate allo scopo perseguito, considerati la situazione molto tesa negli ospedali e lo stato delle conoscenze al momento dell'adozione della decisione¹¹⁶. Il DFI conclude che il Consiglio federale ha preso decisioni difficili con la massima trasparenza e cognizione di causa, se si tiene conto delle numerose incertezze [...], basandosi sul principio di previdenza e sullo stato prevalente delle conoscenze¹¹⁷. Il Dipartimento ha inoltre precisato che le restrizioni dei diritti fondamentali sono state puntualmente rivalutate in seguito, in particolare in collaborazione con l'UFG (v. n. 5.1)¹¹⁸.

6 Valutazione della CdG-N e raccomandazioni

Nel presente capitolo la CdG-N illustra la sua valutazione sotto il profilo dell'alta vigilanza parlamentare. Come anticipato (v. cap. 2), la Commissione ha incentrato la propria verifica principalmente sul criterio della *legalità* e secondariamente sui criteri dell'*opportunità* e dell'*efficacia*. Le sue conclusioni non pregiudicano eventuali decisioni future delle autorità giudiziarie.

Secondo la Commissione è innegabile che i provvedimenti adottati dal Consiglio federale in presenza di una situazione particolare ai sensi dell'articolo 6 capoverso 1 LEp, segnatamente l'introduzione di limitazioni collegate al certificato COVID-19, abbiano comportato una restrizione significativa dei diritti fondamentali. In siffatta situazione, la Commissione reputa fondamentale che le autorità federali si accertino

¹¹³ Il Dipartimento ha spiegato di essersi basato per la sua valutazione sulle conoscenze scientifiche disponibili in quel momento sulla variante Omicron, in particolare quelle fornite dalla SN-STF, come pure sull'evoluzione della situazione epidemiologica in Svizzera e all'estero.

¹¹⁴ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

¹¹⁵ Audizione del DFI e dell'UFSP del 23.5.2022.

¹¹⁶ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 55.

¹¹⁷ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 58.

¹¹⁸ Lettera del DFI del 14.4.2022 (v. all. 1), par. 58.

scrupolosamente che siano soddisfatti i criteri di cui all'articolo 36 Cost. e che le medesime sottopongano con regolarità detti provvedimenti a un esame critico.

La Commissione constata che il DFI, l'UFSP e l'UFG le hanno presentato un'analisi dettagliata del rispetto dell'articolo 36 Cost. Dal suo punto di vista, le spiegazioni fornite sono coerenti e dimostrano che le autorità federali hanno prestato particolare attenzione alla costituzionalità delle misure adottate, nel limite delle possibilità legate al contesto particolare della crisi di COVID-19. La Commissione rileva che i provvedimenti adottati erano in linea con la strategia detta delle «tre fasi», esposta dal Consiglio federale nella primavera 2021¹¹⁹, e non riscontra alcun indizio di inadempienze gravi da parte delle autorità interessate sotto il profilo dell'alta vigilanza sulla gestione. La Commissione ritiene tuttavia che da questo caso si possano trarre alcuni insegnamenti di carattere generale – esposti qui di seguito – applicabili alle crisi future.

6.1 Verifica dei criteri costituzionali da parte delle autorità federali competenti

Secondo la CdG-N i soggetti responsabili di verificare la proporzionalità delle misure federali sono diversi: in primo luogo l'ufficio e il dipartimento competenti a livello tematico (in tal caso il DFI e l'UFSP), al momento della pianificazione e dell'elaborazione delle misure, in secondo luogo l'UFG, nell'ambito della consultazione degli uffici, e in terzo luogo il Consiglio federale, contestualmente alla ponderazione degli interessi all'atto della decisione.

La Commissione constata che l'UFSP ha giustamente consultato l'UFG sui progetti di estensione del certificato COVID-19 e apprezza il fatto che, durante la pandemia, i due uffici abbiano avuto intensi scambi su tale tematica. Se da un lato si rammarica del fatto che l'UFG non sia stato in grado di condurre una valutazione approfondita sulla questione della proporzionalità in vista della decisione del Consiglio federale del 17 dicembre 2021, dall'altro reputa tale situazione comprensibile, visti i tempi stretti e le informazioni frammentarie disponibili allora sulla variante Omicron. La Commissione rileva tuttavia che l'UFG è stato in grado di escludere violazioni manifeste del principio della proporzionalità e che, in seguito, ha riservato un'attenzione particolare alla proporzionalità delle misure proposte, formulando in due occasioni delle riserve in merito. A fine dicembre 2021 l'intervento dell'UFG ha dissuaso l'UFSP da un ulteriore inasprimento delle misure.

Nonostante tutto, la CdG-N considera problematico che l'UFG abbia talvolta dovuto esaminare i progetti di revisione delle ordinanze senza potersi avvalere di un rapporto esplicativo e che non sempre abbia avuto a disposizione informazioni che le avrebbero permesso di esaminare in autonomia la proporzionalità delle misure proposte. La Commissione è consapevole che la situazione era dovuta al particolare contesto della pandemia e segnatamente alla forte pressione temporale alla quale era sottoposto

¹¹⁹ Cfr. Document de réflexion «Modèle des trois phases», rapporto del Consiglio federale del 12.5.2021 (disponibile in tedesco e in francese). Sull'utilizzo del certificato v. in particolare n. 4.1.

l'UFSP. La CdG-N considera tuttavia fondamentale che l'UFG sia nella condizione di effettuare un controllo il più possibile completo e indipendente dei progetti di atti normativi che gli vengono sottoposti. Tale funzione è ancora più importante in una situazione di crisi. La Commissione invita il Consiglio federale a valutare in che modo, in una situazione di crisi, potrebbe essere rafforzata la funzione di controllo della legislazione svolta dall'UFG, soprattutto per quanto concerne il rispetto dei criteri costituzionali, e gli chiede di esaminare in particolare i punti seguenti:

- garantire che le risorse dell'UFG possano essere aumentate in tempi brevi, qualora ciò si riveli necessario per assicurare un controllo adeguato;
- accertarsi che l'UFG disponga di una base di informazioni il più completa possibile, che gli permetta di effettuare un esame indipendente della proporzionalità;
- realizzare strutture che consentano scambi rapidi tra l'UFG e gli uffici specializzati, per chiarire eventuali questioni aperte riguardanti le misure proposte;
- in una situazione di crisi, distaccare collaboratori dell'UFG presso gli uffici specializzati affinché esaminino le questioni giuridiche già in sede di elaborazione delle misure.

Raccomandazione 1: Funzione di controllo dell'UFG in situazioni di crisi

Il Consiglio federale è invitato a valutare in che modo, in situazioni di crisi, si potrebbe rafforzare la funzione di controllo della legislazione svolta dall'UFG, soprattutto per quanto concerne il rispetto del criterio della proporzionalità.

6.2 Spiegazioni fornite dalle autorità federali competenti sul risultato della verifica dei criteri costituzionali

6.2.1 Criterio della base legale

La CdG-N ritiene giuridicamente ricevibile l'argomentazione del DFI e dell'UFG secondo cui l'utilizzo del certificato COVID-19 si fondava su una base legale sufficientemente precisa nella LEp (art. 6 cpv. 2 lett. b in combinato disposto con l'art. 40). La Commissione riconosce che nella LEp il legislatore ha lasciato al Consiglio federale un ampio margine discrezionale circa le misure sanitarie da adottare. Tale flessibilità è giustificata dal fatto che non è possibile stabilire in anticipo e nel dettaglio quali provvedimenti si renderanno necessari per far fronte alla pandemia. Analogamente, la Commissione condivide il parere dell'UFG, secondo cui, laddove la LEp permette al Consiglio federale di adottare determinati provvedimenti particolarmente severi, è logico – e anche opportuno secondo il criterio della proporzionalità – che quest'ultimo possa altresì optare per misure più moderate, come una limitazione dell'accesso applicata a gruppi specifici di persone¹²⁰. A tale proposito la Commissione rileva che il Consiglio federale ha comunicato più volte che l'introduzione di restrizioni legate al

¹²⁰ A condizione che tali misure rispettino i criteri dell'interesse pubblico e della proporzionalità (v. più avanti).

certificato COVID-19 mirava esattamente a evitare di dover adottare provvedimenti più severi che riguardassero tutta la popolazione.

Sotto il profilo dell'opportunità politica, la CdG-N ritiene tuttavia che l'argomentazione del DFI e dell'UFG abbia dei limiti. Dato che l'introduzione di un certificato sanitario collegato a limitazioni dell'accesso era prevedibile già da molti mesi e che ci si poteva aspettare che una tale misura suscitasse le critiche dell'opinione pubblica¹²¹, la Commissione si chiede se non sarebbe stato opportuno prevedere, nella LEp o nella legge COVID-19 ad esempio, una disposizione che menzionasse in modo più esplicito l'oggetto e le finalità del certificato. La Commissione ritiene che una simile disposizione avrebbe consentito di consolidare la legittimità democratica di questo strumento. Un'eventuale proposta in tal senso avrebbe potuto essere avanzata dall'Amministrazione federale o aggiunta dallo stesso Parlamento. La CdG-N è comunque consapevole del fatto che una tale revisione sarebbe stata difficile da pianificare, visto l'andamento incerto della pandemia, e che avrebbe sottoposto i soggetti interessati a una pressione addirittura maggiore.

La Commissione rileva che, al di là dell'articolo 6 capoverso 2 lettera b LEp, la legittimità democratica del certificato COVID-19 è stata assicurata indirettamente attraverso vari altri mezzi. Nella perizia pubblicata all'inizio del 2021 riguardante il quadro normativo alla base delle distinzioni fondate sullo stato vaccinale, l'UFG sottolineava l'importanza del rispetto dei criteri costituzionali. Fin dalla primavera 2021 il Consiglio federale ha illustrato in modo trasparente le sue proposte di utilizzo del certificato e in seguito vi si è attenuto. Su questo argomento ha consultato i Cantoni, le commissioni parlamentari e le parti sociali. Le consultazioni si sono svolte anche per ognuna delle modifiche delle ordinanze relative all'estensione del certificato. Occorre infine tenere conto dell'accettazione da parte della popolazione svizzera della modifica della legge COVID-19 a fine novembre 2021¹²²; durante la campagna sul voto, l'introduzione del certificato è stato al centro del dibattito. Dagli studi condotti in seguito emerge che il sostegno al certificato e la sua utilità nell'evitare restrizioni più severe sono stati i principali argomenti di accettazione della legge¹²³.

Secondo la Commissione è alquanto probabile che lo strumento del certificato sanitario sia utilizzato nuovamente in futuro in caso di un'eventuale pandemia e che, se questo accadesse, si porrebbero le medesime questioni circa le basi legali. Sarebbe pertanto auspicabile che il Consiglio federale, nell'ambito della prevista revisione della LEp, valutasse l'opportunità di concretizzare il quadro normativo relativo allo stato immunitario, per quanto concerne sia lo strumento del certificato sanitario, sia le sue modalità di utilizzo durante una pandemia. La CdG-N invita contestualmente il Consiglio federale ad accertarsi che in futuro, in caso di pandemia, l'obiettivo delle

¹²¹ In particolare in considerazione del referendum contro la modifica della legge COVID-19 e delle reazioni all'introduzione di un certificato sanitario in altri Paesi a partire dall'estate 2021.

¹²² Questa votazione ha registrato un tasso di partecipazione particolarmente elevato (65,7 %): il quarto più alto dall'introduzione del diritto di voto delle donne nel 1971.

¹²³ Golder, Lukas / Mousson, Martina / Keller, Tobias et al. (2022): Analyse VOX novembre 2021. Complément d'enquête et analyse sur les votations populaires du dimanche 28 novembre 2021. Berna: Gfs.Bern, gen. 2022.

misure sanitarie sancite a livello di legge e di ordinanza sia sempre concretizzato in modo esplicito nei testi pertinenti.

Raccomandazione 2: Base legale del certificato sanitario

Il Consiglio federale è invitato a valutare, nell'ambito della prevista revisione della LEp, l'opportunità di precisare il quadro normativo relativo allo stato immunitario, per quanto concerne sia lo strumento del certificato sanitario, sia le sue modalità di utilizzo durante una pandemia.

La Commissione riconosce che non sarebbe affatto realistico, soprattutto in una situazione di crisi, pretendere che venga introdotto un obbligo formale di motivazione per tutte le ordinanze del Consiglio federale. La Commissione constata che il Consiglio federale, durante la pandemia, si è impegnato a fornire spiegazioni in tal senso nei documenti sottoposti ai Cantoni per la consultazione, nei comunicati stampa o in altra documentazione. Secondo la Commissione è importante che il Consiglio federale continui a impegnarsi per fornire spiegazioni chiare circa le motivazioni e gli obiettivi delle proprie decisioni. Tali informazioni sono essenziali non soltanto per l'accettazione delle misure da parte della popolazione, ma anche per il controllo della loro proporzionalità.

6.2.2 Criterio dell'interesse pubblico preponderante

Per quanto concerne le conoscenze disponibili, la CdG-N ritiene incontestabile che la pandemia di COVID-19 abbia rappresentato una minaccia per la salute pubblica e che pertanto il criterio dell'interesse pubblico preponderante sia stato rispettato, come sostengono il DFI e l'UFSP. Gli argomenti esposti dal DFI godono di un ampio consenso scientifico, in particolare il fatto che la COVID-19 abbia provocato una sovramortalità, in Svizzera e all'estero, o ancora che le persone non vaccinate fossero più suscettibili di sviluppare forme gravi della malattia e quindi di pesare sul sistema ospedaliero. È altrettanto evidente che durante la pandemia il sistema sanitario svizzero era al limite. La CdG-N rileva inoltre che il mantenimento della «situazione particolare» ai sensi della LEp – e quindi la presenza di una minaccia per la salute pubblica – non è mai stato messo in discussione né dal Parlamento né dai Cantoni.

La Commissione ritiene inoltre che l'inizio del mese di dicembre 2021 abbia segnato l'avvio di una delle fasi della pandemia caratterizzate da maggiore incertezza circa l'evoluzione a livello sanitario, a causa sia dell'effetto combinato delle varianti Delta e Omicron, sia delle numerose incognite sulla pericolosità di quest'ultima.

La Commissione rileva che, sulla base del «modello a tre fasi», a partire dall'agosto 2021 il Consiglio federale ha comunicato in modo trasparente che la sua priorità consisteva ormai nel «proteggere le strutture ospedaliere» e che avrebbe adottato nuovi provvedimenti soltanto in caso di rischio di sovraccarico degli ospedali¹²⁴. In

¹²⁴ Coronavirus: il Consiglio federale mantiene i provvedimenti di protezione e invita la popolazione a farsi vaccinare, comunicato stampa del Consiglio federale dell'11.8.2021.

seguito, tutte le decisioni di estendere il campo d'applicazione del certificato COVID-19 sono state motivate con la volontà di proteggere il sistema ospedaliero¹²⁵.

La CdG-N apprezza il fatto che per la valutazione della situazione epidemiologica il Consiglio federale si sia basato su una combinazione di più indicatori e che questi siano stati riesaminati con regolarità durante la pandemia. La Commissione constata che nel corso della pandemia gli indicatori utilizzati sono stati costantemente migliorati e adeguati, che le autorità si sono avvalse di tutti gli indicatori disponibili al fine di aumentare la precisione della sorveglianza epidemiologica e che la pubblicazione dei dati tratti da tali indicatori è stata trasparente. La Commissione è consapevole del fatto che ogni indicatore preso singolarmente non permette di trarre conclusioni solide sulla minaccia per la salute pubblica. Da questo punto di vista, un sistema articolato e costantemente tarato rappresenta una strategia adeguata.

La Commissione condivide la valutazione del DFI secondo cui non sarebbe affatto opportuno stabilire in via astratta, a livello di legge, quali indicatori utilizzare in caso di pandemia. La CdG-N ritiene tuttavia auspicabile che il Consiglio federale tracci un bilancio della pertinenza e della precisione degli indicatori utilizzati durante la pandemia di COVID-19 e che, su tale base, stili un elenco degli indicatori che potrebbero essere utilizzati in futuro in caso di pandemia, specificando le modalità di raccolta dei dati corrispondenti.

Raccomandazione 3: indicatori finalizzati a valutare la minaccia per la salute pubblica in caso di pandemia

Il Consiglio federale è invitato a tracciare un bilancio della pertinenza e della precisione dei diversi indicatori utilizzati durante la pandemia di COVID-19 al fine di valutare lo stato di minaccia per la salute pubblica.

Il Consiglio federale è invitato a stilare su tale base un elenco degli indicatori che potrebbero essere utilizzati in futuro in caso di pandemia, specificando le modalità di raccolta dei dati corrispondenti, e a pubblicare tale elenco a tempo debito.

Per quanto concerne il nesso tra le raccomandazioni dell'OMS e la dichiarazione, rispettivamente il mantenimento, della «situazione particolare» in Svizzera, la CdG-N ritiene adeguato che il Consiglio federale, conformemente all'articolo 6 capoverso 1 LEp, basi la propria decisione principalmente sul rischio concreto per la salute pubblica in Svizzera e che proceda a un esame circostanziato delle segnalazioni dell'OMS, escludendo di fatto una ripresa automatica.

La Commissione considera infine necessario che il Consiglio federale, alla luce delle esperienze maturate nel corso della pandemia, valuti l'opportunità di precisare i criteri di cui all'articolo 6 capoverso 1 LEp, al fine di definire il passaggio alla «situazione particolare», rispettivamente il mantenimento di quest'ultima. La Commissione si

¹²⁵ Cfr. in particolare i comunicati stampa del Consiglio federale dell'8.9.2021 («per far fronte alla difficile situazione negli ospedali, che non accenna a migliorare»), del 3.12.2021 («forte aumento dei pazienti COVID-19 ricoverati negli ospedali») e del 17.12.2021 («il numero dei ricoveri continua a crescere e in alcune regioni il tasso di occupazione dei reparti di terapia intensiva è molto alto»).

chiede in particolare se i rischi elencati all'articolo 6 capoverso 1 lettera a LEp¹²⁶ non andrebbero precisati a livello di legge, di ordinanza o di direttiva.

Raccomandazione 4: Criteri finalizzati a definire il passaggio alla «situazione particolare» e il mantenimento di quest'ultima

Il Consiglio federale è invitato a valutare l'opportunità di precisare i criteri di cui all'articolo 6 capoverso 1 LEp al fine di definire il passaggio alla «situazione particolare», come pure il mantenimento di quest'ultima, specificando all'occorrenza il livello normativo interessato.

6.2.3 Criterio della proporzionalità

La CdG-N ritiene che le spiegazioni del DFI, dell'UFSP e dell'UFG sulla valutazione della proporzionalità delle misure collegate al certificato COVID-19 dimostrino che la questione è stata gestita in modo adeguato dalle autorità interessate, per quanto consentissero di fare le particolari circostanze della pandemia. Questo aspetto è stato successivamente oggetto di un nuovo esame critico, svoltosi in più riprese e nell'ambito del quale l'UFG ha avuto un ruolo determinante (cfr. n. 6.1).

Per valutare l'esame del criterio della proporzionalità, la Commissione considera particolarmente importante tenere conto del contesto nel quale il Consiglio federale ha preso la decisione di estendere il certificato COVID-19: a metà dicembre 2021 la situazione epidemiologica in Svizzera era particolarmente tesa, le conoscenze sulla nuova variante Omicron erano frammentarie e le possibili evoluzioni della situazione restavano incerte.

Secondo la CdG-N, il DFI e l'UFSP erano in grado di valutare in modo opportuno l'adeguatezza dell'estensione del certificato COVID-19 per proteggere la salute pubblica. Il Dipartimento e l'Ufficio disponevano di informazioni aggiornate sulla situazione epidemiologica svizzera, sui rischi della COVID-19 per la salute pubblica e sui processi d'immunizzazione contro la COVID-19 (mediante vaccino o guarigione)¹²⁷. È chiaro che, al momento della decisione del 17 dicembre 2021, le conoscenze sui rischi della variante Omicron, e quindi sull'efficacia del certificato nel caso di tale variante, erano ancora limitate. Appare quindi comprensibile che, data l'incertezza del contesto, le autorità si siano basate sulle esperienze relative alle varianti precedenti.

Secondo la Commissione, le informazioni fornite da Swissmedic e dal DFI sulla protezione indiretta del vaccino (capacità di limitare la trasmissione del virus ad altre persone) non rimettono in discussione le conclusioni delle autorità federali circa l'adeguatezza di un'estensione del certificato COVID-19. Di fatto la protezione indiretta non era un elemento predominante ai fini della decisione di estensione del Consiglio

¹²⁶ Un rischio elevato di contagio e di propagazione; un particolare pericolo per la salute pubblica; un rischio di gravi conseguenze per l'economia o per altri settori vitali.

¹²⁷ Per quanto concerne le basi scientifiche dell'UFSP, cfr. anche il rapporto della CdG-N del 30 giu. 2023, Ricorso del Consiglio federale e dell'UFSP alle conoscenze scientifiche per la gestione della crisi pandemica.

federale, ma soltanto un argomento secondario. Le conoscenze scientifiche raccolte nel 2021 facevano d'altronde pensare che il vaccino permettesse, almeno in una certa misura, di limitare la trasmissione del virus ad altre persone.

Per quanto concerne la *necessità* di estendere il certificato, la CdG-N si mette nei panni delle autorità e ritiene che sarebbe stato difficile, in base alle informazioni disponibili allora, prospettare misure meno severe e comunque in grado di garantire la protezione dell'interesse pubblico della salute. La CdG-N rileva che le autorità interessate avevano badato a che le misure restassero in vigore esclusivamente per il periodo necessario, limitandone la natura, nonché la validità nel tempo e nello spazio. In particolare l'UFG ha ripetutamente verificato la necessità di mantenere le misure in questione.

La Commissione constata infine che il Consiglio federale, nella sua ponderazione degli interessi circa la *proporzionalità in senso stretto*, ha tenuto conto dell'insieme degli elementi pertinenti, ossia il rischio di infezione legato allo stato immunitario (vaccinato o guarito), la necessità di proteggere il sistema ospedaliero, la necessità di evitare nuove chiusure generalizzate, la necessità di limitare il meno possibile i diritti fondamentali e le incertezze legate alla nuova variante Omicron. La CdG-N ritiene che la decisione politica circa l'articolazione e la ponderazione di questi diversi criteri spetti al Consiglio federale, il quale ha la responsabilità finale delle proprie scelte. La Commissione rileva che la decisione del Consiglio federale è coerente con gli orientamenti strategici già definiti dallo stesso nel 2021, segnatamente nel rapporto relativo al «modello a tre fasi».

7 Conclusioni

In base alle informazioni a sua disposizione, la CdG-N ritiene che l'azione del Consiglio federale e degli organi interessati dell'Amministrazione federale, al momento della decisione di estendere il certificato COVID-19 nel dicembre 2021, sia stata nel complesso adeguata per quanto concerne l'esame dei criteri di cui all'articolo 36 Cost.

Secondo la Commissione è innegabile che questa decisione costituisse una restrizione significativa dei diritti fondamentali e che una tale misura debba essere adottata con grande moderazione e nel rigoroso rispetto della Costituzione. Dal suo punto di vista, le spiegazioni fornite dal DFI, dall'UFSP e dall'UFG sono coerenti e dimostrano che tali autorità hanno analizzato in modo adeguato i criteri di cui all'articolo 36 Cost., nel limite delle conoscenze disponibili all'epoca e delle possibilità legate al contesto particolare della crisi di COVID-19. Nelle basi decisionali all'attenzione del Consiglio federale si è tenuto conto in maniera adeguata di tale analisi e il Consiglio federale vi si è potuto basare per effettuare la sua ponderazione finale degli interessi. La CdG-N non ha riscontrato alcun indizio di inadempienze fondamentali sotto il profilo dell'alta vigilanza sulla gestione. La Commissione ritiene tuttavia che da questo caso si possano trarre alcuni insegnamenti di carattere generale applicabili alle crisi future.

La CdG-N traccia poi un bilancio complessivamente positivo della collaborazione tra l'UFSP e l'UFG circa la verifica della proporzionalità delle misure, osservando che l'UFG è stato consultato con regolarità per i progetti di ordinanza e che gli scambi tra gli uffici sono stati numerosi e serrati. Alla luce dei tempi stretti e delle incertezze sul

fronte sanitario, la Commissione ritiene comprensibile che inizialmente l'UFG non abbia potuto fare altro che effettuare un esame sommario della costituzionalità delle misure proposte. In seguito, tuttavia, l'Ufficio ha riservato un'attenzione particolare al principio della proporzionalità, formulando varie osservazioni al riguardo. La Commissione invita il Consiglio federale a esaminare varie misure tese a rafforzare la funzione di controllo dell'UFG nelle situazioni di crisi (raccomandazione 1).

La CdG-N considera giuridicamente ricevibile l'argomentazione secondo cui per l'estensione del certificato COVID-19 la LEp forniva una *base legale* sufficiente. Secondo la Commissione è importante che la legge lasci al Consiglio federale un certo margine discrezionale sulle misure da adottare, se queste ultime sono più moderate di altre misure autorizzate e rispettano gli altri criteri costituzionali. Per quanto concerne l'opportunità sul piano politico, la Commissione si chiede tuttavia se non sarebbe stato opportuno aggiungere nella legge, nel corso del 2021, una disposizione che menzionasse in modo più esplicito l'oggetto e le finalità del certificato, per consolidarne la legittimità democratica. La CdG-N osserva tuttavia che la legittimità del certificato è stata perfezionata indirettamente per il tramite di diversi altri mezzi (in particolare varie consultazioni e l'accettazione della legge COVID-19 in votazione popolare). La Commissione invita il Consiglio federale a valutare, nell'ambito della prevista revisione della LEp, l'opportunità di precisare il quadro normativo riguardante lo stato immunitario (raccomandazione 2), per prevenire situazioni analoghe in caso di future pandemie.

Per quanto concerne il criterio dell'*interesse pubblico preponderante*, la CdG-N è del parere che alla luce delle conoscenze disponibili, non vi è alcun dubbio che la pandemia di COVID-19 rappresentasse una minaccia per la salute pubblica. L'inizio del mese di dicembre 2021 è stato uno dei periodi della pandemia in cui l'incertezza circa l'evoluzione in ambito sanitario era ai massimi livelli. Infine, il Consiglio federale aveva chiaramente comunicato il proprio obiettivo di incentrare le misure sanitarie sulla protezione del sistema ospedaliero. La CdG-N reputa inoltre adeguato che per la sua valutazione della situazione epidemiologica il Consiglio federale si sia basato su una combinazione di più indicatori e che questi siano stati riesaminati a scadenze regolari. La Commissione invita il Consiglio federale a tracciare un bilancio della pertinenza e della precisione degli indicatori utilizzati durante la pandemia di COVID-19 e a redigere su tale base un elenco degli indicatori che potrebbero essere utilizzati in futuro in caso di pandemia (raccomandazione 3). Essa considera peraltro necessario che il Consiglio federale valuti l'opportunità di precisare i criteri di cui alla LEp, al fine di definire il passaggio alla «situazione particolare», rispettivamente il mantenimento di quest'ultima (raccomandazione 4).

Secondo la CdG-N, le autorità interessate hanno gestito in modo appropriato la questione della *proporzionalità* delle misure legate al certificato COVID-19. A suo avviso, il DFI e l'UFSP avevano a disposizione informazioni aggiornate per valutare l'adeguatezza di un'estensione del certificato. La Commissione rileva inoltre che le autorità hanno badato a che le misure fossero limitate nella loro natura, nel tempo e nello spazio. In particolare l'UFG ha ripetutamente verificato la necessità di mantenere le misure in questione. La CdG-N osserva infine che nella sua ponderazione finale degli interessi il Consiglio federale ha tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti. L'articolazione e la ponderazione di questi elementi sono una decisione politica del

Consiglio federale, che ha la responsabilità delle proprie scelte. La Commissione sottolinea altresì l'importanza di tenere presente il contesto di grande incertezza nel quale sono state decise le misure.

La CdG-N invita il Consiglio federale a tenere presenti le constatazioni e le raccomandazioni formulate nel presente rapporto, e lo invita a sottoporle un parere al riguardo entro il 4 ottobre 2023.

30 giugno 2023

In nome della Commissione della gestione
del Consiglio nazionale

La presidente:
Prisca Birrer-Heimo

La segretaria:
Ursina Jud Huwiler

Il presidente della sottocommissione DFI/DATEC:
Thomas de Courten

Il segretario della sottocommissione DFI/DATEC:
Nicolas Gschwind

Elenco delle abbreviazioni

CdG	Commissioni della gestione delle Camere federali
CdG-N	Commissione della gestione del Consiglio nazionale
CDS	Conferenza svizzera delle direttrici e dei direttori cantionali della sanità
Cost.	Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (RS 101)
DATEC	Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni
DFI	Dipartimento federale dell'interno
FF	Foglio federale
Legge COVID-19	Legge federale del 25 settembre 2020 sulle basi legali delle ordinanze del Consiglio federale volte a far fronte all'epidemia di COVID-19 (RS 818.102)
LEp	Legge federale del 28 settembre 2012 sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell'essere umano (Legge sulle epidemie; RS 818.101)
LParl	Legge federale del 13 dicembre 2002 sull'Assemblea federale (legge sul Parlamento; RS 171.10)
OMS	Organizzazione mondiale della sanità
Ordinanza COVID-19 situazione particolare	Ordinanza del 23 giugno 2021 sui provvedimenti per combattere l'epidemia di COVID-19 nella situazione particolare (RS 818.101.26)
Ordinanza sui certificati COVID-19	Ordinanza del 4 giugno 2021 concernente i certificati attestanti l'avvenuta vaccinazione anti-COVID-19, la guarigione dalla COVID-19 o il risultato di un test COVID-19 (RS 818.102.2)
PCR	<i>Polymerase Chain reaction</i> , reazione a catena della polimerasi
RS	Raccolta sistematica
SN-STF	<i>Swiss National Covid-19 Science Taskforce</i> , task force nazionale di consulenza scientifica per il COVID-19
Swissmedic	Istituto svizzero per gli agenti terapeutici
UFG	Ufficio federale di giustizia
UFSP	Ufficio federale della sanità pubblica

Lettera del DFI alla CdG-N del 14 aprile 2022

1. Remarques préliminaires

¹ En date du 17 décembre 2021, le Conseil fédéral a adopté des mesures supplémentaires et notamment l'introduction d'une restriction d'accès aux espaces intérieurs de certains établissements et installations aux seules personnes vaccinées ou guéries (restriction d'accès dite «2G»). Là où le port du masque n'était pas possible ou adéquat, l'accès était restreint aux seules personnes titulaires à la fois d'un certificat de vaccination ou de guérison et d'un certificat de test, ou aux titulaires d'un certificat de vaccination ou de guérison ne datant pas de plus de 120 jours (restriction d'accès dite «2G+»). Dans un premier temps, la durée de validité de ces mesures était limitée au 24 janvier 2022.

² Il est indéniable que les mesures prises par le Conseil fédéral en situation particulière constituent des restrictions importantes des droits fondamentaux, notamment de la liberté personnelle (art. 10 Cst.) ainsi que de la liberté économique (art. 27 Cst.)¹²⁸. La question de savoir si ces mesures – comme le défend le Comité Juristes – portent atteinte aux droits fondamentaux tels que définis dans la Constitution doit être évaluée sur la base d'un examen des conditions prévues à l'art. 36 Cst. [...]

³ Pour ce qui est des nombreuses prises de position qui suivent, il convient de relever que l'évaluation des mesures doit avoir lieu à la lumière des circonstances existant au moment de la décision du Conseil fédéral, et en l'état des connaissances qui prévalaient à ce moment.

2. Intérêt public: questions du Comité Juristes concernant les menaces pour la santé publique

⁴ Afin d'évaluer juridiquement si la condition de restriction des droits fondamentaux, à savoir la poursuite d'un intérêt public, est remplie, il convient dans un premier temps de répondre aux diverses affirmations du Comité Juristes concernant les menaces pour la santé publique que représente le COVID-19.

¹²⁸ Pour des approfondissements à ce sujet, nous renvoyons au traitement de la thématique des allègements en faveur des personnes vaccinées contre le COVID-19 par la CIP-É du 23.2.2021, notamment les positions de l'Office fédéral de la justice ainsi que des Professeurs Belser et Stöckli de l'Université de Fribourg. L'avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 18.2.2021 relatif au cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal est disponible à l'adresse suivante: www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publi-service/publikationen/berichte-gutachten/2021-02-18.html.

a. Surmortalité

⁵ Affirmation 1. Le Comité Juristes estime que les chiffres de mortalité corrigés des variations démographiques pour la Suisse en 2021 sont, à la date de sa lettre, nettement inférieurs à la moyenne des dix années précédentes. Cela vaudrait même pour la tranche d'âge des plus de 70 ans¹²⁹. Il ne s'agirait donc pas d'une menace grave et immédiate pour la santé publique.

⁶ Tant en automne et en hiver 2020/21 qu'en automne et en hiver 2021/22, une surmortalité a été enregistrée pendant plusieurs semaines (monitoring de la mortalité de l'OFS), qui correspond aux décès dus au COVID-19 déclarés. Pour plus d'informations sur la surmortalité, nous renvoyons aux réponses aux ch. 2.4 et 6.3.

b. Surcharge des hôpitaux

⁷ Affirmation 2.1. Le Comité Juristes estime qu'au 15 décembre 2021, les lits d'hôpitaux en Suisse étaient occupés à 83 % et que la part des patients COVID n'était officiellement que de 7,2 % malgré l'épidémie¹³⁰, et que les unités de soins intensifs étaient occupées à 80,4 %, la part des «patients COVID» étant officiellement de 34,5 %.

⁸ Les hôpitaux sont tenus de garder des lits disponibles pour les urgences. C'est pourquoi un taux d'occupation de 80 % des capacités doit être considéré comme élevé et indique une possible surcharge, au moins au niveau régional. En outre, des capacités ont été créées pour les personnes hospitalisées à cause du COVID-19 en reportant les interventions non urgentes. Celles-ci doivent toutefois être rattrapées. Le nombre d'interventions reportées n'a pas été relevé, mais en été 2020 (de mai à septembre), les unités de soins intensifs étaient occupées en moyenne par environ 550 patients non COVID-19, alors qu'en décembre 2021, la moyenne des patients non COVID-19 hospitalisés dans les unités de soins intensifs était de 388.

⁹ Affirmation 2.2. Un taux de disponibilité d'environ 20 % indique une exploitation normale¹³¹. En 2015 encore, on avait critiqué le fait qu'un taux d'occupation de «seulement» 80 % posait un problème: les hôpitaux étaient «trop grands» et donc non rentables¹³².

¹²⁹ Source: Annexe à la lettre du Comité Juristes «Cas de décès par tranche d'âge en 2021 par rapport à la période 2010-2020 (à chaque fois jusqu'à la semaine 48) en Suisse».

¹³⁰ OFSP, COVID-19 Suisse, Capacité hospitalière totale, www.covid19.admin.ch.

¹³¹ ELMIGER, Direktor (CEO) der Privatklinik Bethanien, in: Nau.ch, 16.9.2021, «Keine Krise: Spital-CEO kritisiert Angst-Berichterstattung», www.nau.ch/news/schweiz/keine-krise-spital-ceo-kritisiert-angst-bericht-erstattung-66003628.

¹³² FRIEDLI, NZZ, 5.4.2015, «Schweizer Spitaler nur zu 80 Prozent ausgelastet», www.nzz.ch/nzzas/nzz-am-sonntagleiskalte-betten-schweizer-spitaeler-nur-zu-80-prozent-ausgelastet-1.18516688.

¹⁰ Le taux d'occupation des hôpitaux a été relevé par le SSC à partir d'avril 2020. Le SSC ne peut pas fournir d'informations sur le taux d'occupation des années précédentes.

¹¹ *Affirmation 2.3. Le Comité estime qu'il n'y a jamais eu de triage dans les hôpitaux et que des lits de soins intensifs ont toujours été disponibles*¹³³.

¹² Les données relatives au triage n'ont pas été collectées. Le manque de ressources disponibles a cependant été confirmé à plusieurs reprises par les hôpitaux, et démontré par le report des opérations.

¹³ *Affirmation 2.4. Selon le Comité, ce ne sont de toute façon pas les personnes non vaccinées qui sont à l'origine de la surcharge du système de santé, mais ce sont tout de même elles qui sont pénalisées par le régime 2G. En effet, entre la fin de la «Semaine nationale de la vaccination» (14 novembre 2021), date à laquelle toutes les personnes en Suisse avaient eu accès à la vaccination, et le 15 décembre 2021, la répartition des décès dus au COVID-19 en fonction du statut vaccinal des patients décédés indique que 41,96 % d'entre eux avaient été déclarés «non vaccinés», 39,57 % «entièrement vaccinés», 0,92 % «partiellement vaccinés» et 17,56 % «statut inconnu»*¹³⁴.

¹⁴ Par rapport à leur proportion au sein de la population, les personnes non vaccinées sont plus souvent hospitalisées pour des maladies liées au COVID-19 que les personnes entièrement vaccinées, ce qui contribue de manière disproportionnée à l'utilisation du système de santé, comme le montrent les données suivantes pour la période du 27 décembre 2021 au 23 janvier 2022:

¹⁵ En ce qui concerne les hospitalisations:

- Chez les personnes âgées de 0 à 59 ans, 906 hospitalisations au total ont été déclarées en rapport avec une infection par le SARS-CoV-2 confirmée en laboratoire. Parmi celles-ci, 630 (70 %) concernaient des personnes non vaccinées. Par rapport à leur proportion dans la population, l'incidence des hospitalisations chez les personnes non vaccinées de cette classe d'âge était de 25,7 pour 100 000 habitants (non vaccinés) et, chez les personnes entièrement vaccinées, de 7,0 pour 100 000 habitants (entièrement vaccinés). Les personnes

¹³³ NZZ, 27.7.2021, «Die Spitaler sind das Nadelöhr der Pandemie. Waren sie je überlastet? Und wieso haben sie Plätze abgebaut?» («hat trotz den Engpässen kein Spital eine explizite Patienten-Triage eingeführt»), www.nzz.ch/schweiz/spitaeler-in-der-corona-krisewaren-sie-je-ueberlastet-ld.1636298; vgl. auch SRF, 06.11.2020, «Triage-Entscheid soll für die ganze Schweiz gelten» («noch genügend Plätze vorhanden»; «Derzeit ist laut Pargger knapp die Hälfte der rund 900 zertifizierten Intensivplätze mit Corona-Patienten belegt, effektiv seien aber rund 1200 Plätze einsatzbereit.»), www.srf.ch/news/schweiz/coronavirus-in-der-schweiz-triage-entscheid-soll-fuer-die-ganze-schweiz-gelten.

¹³⁴ OFSP, COVID-19 Suisse, Décès en fonction du statut vaccinal, www.covid19.admin.ch/fr/vaccination/status. Du 15.11.2021 au 15.12.2021 en chiffres absolus: 227 «non vaccinés», 214 «entièrement vaccinées», 5 «partiellement vaccinées» et 95 «inconnu» (état: 19.12.2021).

vaccinées de moins de 60 ans ont donc dû être hospitalisées 3,7 fois moins souvent que les personnes non vaccinées.

- Chez les personnes âgées de 60 ans et plus, 850 (49 %) des 1737 hospitalisations survenues au cours de la même période concernaient des personnes non vaccinées. L'incidence des hospitalisations était de 401,8 pour 100 000 habitants pour les personnes non vaccinées de cette classe d'âge et de 45,9 pour 100 000 habitants pour les personnes entièrement vaccinées, ce qui signifie que les personnes entièrement vaccinées ont été hospitalisées 8,8 fois moins souvent.

¹⁶ En ce qui concerne les décès:

- En ce qui concerne les décès liés à l'infection par le SARS-CoV-2, l'incidence pour la même période dans la classe d'âge des 0 à 59 ans était de 0,69 pour 100 000 habitants chez les personnes non vaccinées et de 0,05 pour 100 000 habitants chez les personnes entièrement vaccinées. La population entièrement vaccinée a donc connu 13,7 fois moins de décès que la population non vaccinée de cette classe d'âge.
- Dans la classe d'âge des 60 ans et plus, cette différence était encore plus marquée pour les décès, avec un facteur de 15,8, l'incidence des décès chez les personnes non vaccinées étant de 102,1 pour 100 000 habitants, contre 6,5 pour 100 000 habitants chez les personnes entièrement vaccinées.

¹⁷ Si l'on considère maintenant la proportion (et non plus les chiffres absolus) des personnes vaccinées et non vaccinées décédées par rapport à la population correspondante, les personnes non vaccinées sont excessivement touchées. Il convient également de noter que le nombre de décès est certes un indicateur approprié de la gravité des maladies, mais qu'il ne reflète pas directement la charge du système de santé. Seule la moitié environ des décès confirmés en laboratoire¹³⁵ survient dans les hôpitaux. L'autre moitié se produit en grande partie dans les EMS et, dans une moindre mesure, dans d'autres institutions médico-sociales et à domicile. Les hospitalisations de patients atteints d'une infection par le SARS-CoV-2 confirmée en laboratoire sont en revanche plus lourdes pour le système de santé. La prise en charge et les soins (en partie en unité de soins intensifs) des patients atteints du COVID-19 nécessitent non seulement des médicaments, des consommables médicaux, des appareils et des machines, mais pèsent aussi et surtout sur le personnel des soins intensifs, les médecins, le personnel de nettoyage ainsi que sur l'administration supplémentaire qui en découle.

¹³⁵ Parmi tous les cas de décès confirmés en laboratoire survenus à partir du 5.10.2020 avec un résultat clinique de décès rempli, 47 % se sont produits dans les hôpitaux, 43 % dans les EMS et 3 dans d'autres lieux. Dans 7 % des cas, le lieu du décès n'était pas indiqué.

c. Critique concernant la réduction du nombre de lits dans les hôpitaux

¹⁸ Affirmation 3.1. *Le Comité Juristes est d'avis que de 1982 à 2019, les capacités hospitalières ont été continuellement réduites en Suisse, et en particulier de 63 % en ce qui concerne le nombre de lits*¹³⁶.

¹⁹ Au cours des dernières décennies, les capacités hospitalières ont été continuellement réduites. Cette évolution s'explique en premier lieu par la préférence donnée aux traitements ambulatoires sur les hospitalisations, rendue possible notamment par les développements médicaux (p. ex. l'existence de nouvelles possibilités d'opération)¹³⁷.

²⁰ Affirmation 3.2. *Selon le Comité, les capacités en termes de soins intensifs n'ont cessé de diminuer, d'environ 15 à 20 %, depuis l'apparition du COVID-19 en Suisse (à l'exception d'une courte phase de maximisation en mars/avril 2020)*¹³⁸.

²¹ Le nombre de lits a pu être augmenté à court terme en mars et avril 2020 grâce à la création de lits supplémentaires. Cela a été rendu possible par le report des interventions non urgentes dans toute la Suisse et le recours à du personnel spécialisé d'autres unités de soins. Les interventions non urgentes doivent toutefois être rattrapées et le personnel spécialisé d'autres services doit être réintégré dans sa fonction initiale. Le nombre de lits certifiés n'a guère évolué depuis le début de la pandémie (déc. 2019: 863 lits de soins intensifs, sept. 2021: 873, mars 2022: 884).

d. Critère non pertinent du nombre de cas, notamment en raison des nombreuses personnes asymptomatiques non contagieuses

²² Affirmation 4.1. *Le Comité Juristes est d'avis que la mesure du «nombre élevé de cas» n'a aucune valeur en soi, même selon l'OMS.*

²³ Le nombre de cas n'est pas un critère non pertinent, car depuis le dépistage à grande échelle, il constitue une première mesure importante de l'évolution de la pandémie. D'une part, les personnes infectées par le SARS-CoV-2, même sans symptômes, contribuent à la propagation du virus (voir réponse 4.3.). D'autre part, l'incidence des cas, notamment dans les classes d'âge plus élevées, permet une estimation précoce, bien que prudente, de l'évolution des hospitalisations.

²⁴ En complément du nombre de cas, l'OFSP publie depuis le printemps 2020 le nombre d'hospitalisations et de décès. Depuis l'été 2020, l'OFSP publie en outre ré-

¹³⁶ H+, Les Hôpitaux de Suisse, «Hôpitaux, lits et population – Nombre d'hôpitaux et de lits par rapport à la population, dès 1947», www.hplus.ch/fr/chiffresstatistiques/moniteur-des-hopitaux-et-cliniques-de-h/ensemble-de-la-branche/structures/hopitaux/hopitaux-lits-et-population.

¹³⁷ Infrastructure, emploi, finances | Office fédéral de la statistique (admin.ch).

¹³⁸ Source: OFSP, «Rapport sur la situation épidémiologique en Suisse et dans la Principauté de Liechtenstein (FL), Semaine 49 (6.12–12.12.2021), p. 14, p. 23», www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-ilaktuelle-ausbrueche-pandemie/2019-nCoV/covid-19-woechentlicher-lagebericht.pdf/download.pdf/BAG_COVID-19_Woechentliche_Lage.pdf, www.covid19.admin.ch/fr/hosp-capacity/icu.

gulièrement le taux d'occupation dans les unités de soins intensifs. Ensemble, tous ces indicateurs fournissent des informations sur la dynamique ou l'évolution de la pandémie. C'est pourquoi ils constituaient un élément central des notes d'information adressées au Conseil fédéral. Dans le cadre du modèle des trois phases¹³⁹, des valeurs indicatives ont été déterminées pour ces quatre indicateurs au printemps 2021 afin d'évaluer la possibilité d'assouplissements des mesures relatives à la pandémie.

25 Affirmation 4.2. Selon le Comité, les résultats des tests PCR ne permettent pas à eux seuls de tirer des conclusions solides sur une menace réelle pour la santé publique car les résultats peuvent être positifs même en l'absence de maladie symptomatique.

²⁶ Le DFI convient que les tests PCR ne permettent pas à eux seuls de tirer des conclusions solides sur une menace réelle pour la santé publique. C'est pourquoi plusieurs sources de données et d'évaluations ont été utilisées tout au long de la pandémie afin de soutenir les processus décisionnels.

²⁷ Outre les études citées par le Comité, plusieurs études ont montré que des virus infectieux ont également été cultivés par des patients présentant des valeurs Ct élevées.

²⁸ La réponse à la question 4.3 ci-dessous donne également une estimation de la possibilité de transmission par des personnes asymptomatiques.

29 Affirmation 4.3. De plus, la prétendue importance de la transmission asymptomatique aurait été réfutée depuis longtemps.

³⁰ Les personnes infectées asymptomatiques contribuent également à la propagation du virus, de sorte que les personnes vulnérables sont également exposées à un risque plus élevé. Des études récentes, y compris des méta-analyses, montrent clairement que les personnes infectées asymptomatiques peuvent transmettre des virus vivants et infecter d'autres personnes, même si le risque de transmission est moindre que chez les personnes symptomatiques¹⁴⁰.

31 Affirmation 4.4 Le nombre élevé de cas que l'on déplore ne proviendrait donc pas exclusivement de personnes malades ou suspectées d'être infectées. Il serait plutôt fabriqué de manière ciblée par des tests excessifs effectués sur des personnes saines et asymptomatiques. La dissociation observée depuis longtemps entre les «cas confirmés en laboratoire» et les «décès confirmés en laboratoire» en serait une autre preuve.

¹³⁹ Coronavirus: le Conseil fédéral présente les prochaines étapes avec le modèle des trois phases (admin.ch).

¹⁴⁰ Cf. par ex. <https://jammi.utpjournals.press/doi/full/10.3138/jammi-2020-0030>.

Pour une comparaison de l'étude de Wuhan avec d'autres études, cf. [www.thelancet.com/journals/lanep/article/PIIS2666-7762\(21\)00059-4/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lanep/article/PIIS2666-7762(21)00059-4/fulltext).

³² Les réponses ci-dessus traitent déjà de la transmissibilité du SARS-CoV-2 par des personnes infectées asymptomatiques. En outre, une proportion de tests PCR positifs supérieure à 15 % (comme observé en décembre 2021) indique que les personnes testées sont majoritairement symptomatiques. Depuis le début de l'année 2022, la proportion de tests positifs est même passée à plus de 30 %, ce qui suggère un nombre élevé de cas non déclarés.

³³ La dissociation entre le nombre de cas et le nombre de décès est principalement due à la couverture vaccinale élevée dans les classes d'âge présentant un risque plus élevé de maladie grave. Cette évolution a commencé à être visible au printemps 2021, lorsqu'une grande partie des personnes à risque étaient déjà vaccinées. Elle a été renforcée par le variant Omicron, résistant aux anticorps, qui a certes entraîné des infections (nombre élevé de cas), mais guère de cas graves (décès), en particulier chez les personnes vaccinées. De plus, le variant Omicron entraîne rarement des évolutions graves, même chez les personnes non vaccinées. Au moment de l'introduction de la 2G (20.12.2021), on ne disposait toutefois que de peu de preuves concernant ces propriétés du variant Omicron et les statistiques de divers pays de comparaison présentant une proportion plus élevée d'infections à Omicron ont fait état d'une augmentation (parfois nette) du nombre d'hospitalisations¹⁴¹, ¹⁴². L'exemple de Hong-Kong, où la couverture vaccinale était nettement plus faible, notamment dans les groupes de population plus âgés, et où le nombre de décès quotidiens le plus élevé jamais mesuré dans le monde n'a été enregistré que pendant la vague Omicron, montre à quel point les contaminations sont dangereuses, même avec le variant Omicron moins grave. D'autres pays ont enregistré des taux de contamination tout aussi élevés, mais des taux de mortalité nettement plus faibles.

e. Appréciation juridique: la condition de l'intérêt public est remplie

³⁴ Fondé sur ce qui précède, le DFI est d'avis qu'en l'état au 17 décembre 2021, la menace pesant sur les systèmes de soins, par le risque de surcharge dû à la combinaison des variants Delta et Omicron, hautement infectieux, représentait une menace pour la santé publique. Une hausse du nombre de décès à l'automne et en hiver 2021 montre, a posteriori, que le nombre de cas et la surmortalité sont en lien. Les mesures adoptées visaient donc la sauvegarde de l'intérêt public à la santé, en évitant une surcharge des structures de soins.

3. Principe de légalité: question du Comité Juristes sur les bases légales

³⁵ *Affirmation 5. Selon le Comité Juristes, aucune base légale [pour le certificat 2G] ne peut être trouvée dans la loi COVID-19 ou dans la loi sur les épidémies, comme c'était déjà le cas pour l'obligation de certificat 3G.*

¹⁴¹ WHO HQ, Enhancing readiness for omicron (B.1.1.529): Technical Brief and Priority Actions for Member States, 10. Dezember 2021, 20211208-global-technical-brief-and-priority-action-on-omicron---final_rev_2021-12-11.pdf (who.int).

¹⁴² WHO, COVID-19 Weekly Epidemiological Update, Edition 70, 14. December 2021, Weekly epidemiological update on COVID-19 – 14 December 2021 (who.int).

³⁶ Tout comme les restrictions d'accès aux personnes vaccinées, guéries et testées négatives, la restriction d'accès 2G et 2G+ prévue dans l'ordonnance COVID-19 situation particulière (RS 818.101.26, état le 20 décembre 2021) se fonde sur l'art. 6, al. 2, let. b, en lien avec l'art. 40 LEp. Selon l'art. 6, al. 2, let. b, LEp, le Conseil fédéral peut en effet, en situation particulière et après consultation des cantons, ordonner les mesures visant les individus et la population (let. a et b). Les mesures concernant la population sont prévues précisément à l'art. 40 LEp. Selon l'art. 40, al. 2, LEp, les mesures suivantes peuvent notamment être prises: une interdiction totale ou partielle de manifestations (let. a), la fermeture d'écoles, d'autres institutions publiques ou entreprises privées ou une réglementation de leur fonctionnement (let. b) ou encore une interdiction ou limitation d'entrée ou de sortie de certains bâtiments ou zones, ou de certaines activités se déroulant dans des endroits définis (let. c).

³⁷ Cet article contient plusieurs mesures ayant pour but de limiter les contacts entre les personnes ou d'éviter toute exposition dans un environnement contaminé afin de réduire la probabilité pour les individus d'être exposés à un agent pathogène et donc infectés. Ces mesures sont d'ordre collectif (éloignement social) et visent avant tout les manifestations, les écoles et les entreprises qui, vu le nombre de personnes qui y sont rassemblées, sont particulièrement propices à la propagation de certaines maladies (p. ex. grippe ou rougeole). Les interdictions et les restrictions prévues par cet article visent à réduire les contaminations en empêchant ou en freinant l'extension de maladies transmissibles. Au moment de décider si des mesures concrètes doivent être prises, il convient de prendre en considération le contexte épidémiologique à l'échelle nationale et internationale (lieu, expansion et évolution du foyer infectieux, infectiosité, groupes particulièrement concernés) ainsi que les caractéristiques de la manifestation, de l'école ou de l'entreprise (origine des participants et nombre, appartenance des élèves à des groupes fortement exposés, etc.). La durée des mesures ordonnées doit être limitée au temps nécessaire pour éviter la propagation d'une maladie transmissible. De ce fait, les autorités compétentes sont tenues d'en contrôler régulièrement le bien-fondé (FF 2011 291, 372).

³⁸ Le DFI est d'avis que la décision du Conseil fédéral du 17 décembre 2021 d'adopter de nouvelles restrictions d'accès aux manifestations et à certains établissements et institutions, limitant l'accès selon les règles 2G et 2G+, se fonde sur l'art. 6, al. 2, let. b en lien avec l'art. 40, al. 2, let. a et b, LEp. La base légale permettant la fermeture d'établissement, elle permet également, à titre de mesure moins restrictive, une restriction d'accès à certaines conditions. Pour de plus amples explications sur les bases légales, nous renvoyons à la question 1 posée par la CdG à l'OFJ.

4. Questions du Comité Juristes relatives à l'efficacité et à la proportionnalité des mesures

³⁹ Le Conseil fédéral doit en outre veiller au respect de la proportionnalité des mesures qu'il ordonne. Les mesures doivent être aptes et nécessaires à remplir le but poursuivi, soit en l'espèce la protection de la santé publique contre une surcharge des infrastructures. Enfin, une mesure portant davantage atteinte aux libertés ne devrait pas être maintenue si le but poursuivi peut vraisemblablement être atteint avec une mesure moindre.

⁴⁰ Afin d'évaluer la proportionnalité des mesures adoptées par le Conseil fédéral le 17 décembre 2021, il convient d'évaluer la situation épidémiologique prévalant à cette date. Il convient dès lors de répondre aux diverses affirmations du Comité Juristes sur la nécessité et l'aptitude des mesures.

a. Explications sur les risques rencontrés par les personnes vaccinées et sur la faible dangerosité du COVID-19

⁴¹ *Affirmation 6.1. Selon le Comité Juristes, les données internationales indiqueraient même que les personnes vaccinées présenteraient un risque accru de maladie, d'hospitalisation et de décès suite à une infection au COVID-19: ainsi, selon les chiffres actuels en Angleterre, 6 cas de COVID-19 sur 10, 6 hospitalisations pour COVID-19 sur 10 et 8 décès pour COVID-19 sur 10 sont générés par des personnes entièrement «vaccinées».*

⁴² Le rapport de la UK Health Security Agency cité par le Comité (COVID-19 vaccine surveillance report, Week 48)¹⁴³ indique explicitement qu'avec une couverture vaccinale élevée, une grande partie des cas, des hospitalisations et des décès sont à attendre chez les personnes vaccinées. En effet, il y a beaucoup plus de personnes vaccinées que de personnes non vaccinées dans la population et un vaccin (même très efficace) ne protège jamais à 100 %¹⁴⁴.

⁴³ La notion de «risque accru» dans l'argumentaire du Comité doit donc être interprétée avec prudence. Les chiffres d'hospitalisation et de décès doivent toujours être considérés par rapport à la population vaccinée ou non vaccinée (taux d'incidence), afin de pouvoir se prononcer sur le risque relatif (voir la réponse à la question 2.4 ci-dessus).

⁴⁴ Les données du système suisse de surveillance hospitalière (CH-SUR)¹⁴⁵ montrent que les patients totalement immunisés, bien qu'ils représentent une part plus importante de la population (particulièrement dans les groupes de population plus âgés), sont en proportion moins nombreux parmi les personnes hospitalisées¹⁴⁶. Il en va de même pour le nombre de décès en fonction du statut immunitaire¹⁴⁷.

⁴⁵ L'affirmation selon laquelle les personnes vaccinées présentent un risque accru de maladie, d'hospitalisation et de décès après une infection au COVID-19 est clairement et manifestement fausse. Toutes les données internationales et nationales démontrent que la vaccination contre le COVID-19 protège contre les évolutions graves, y compris celles menant à une hospitalisation et à un transfert dans une unité de soins intensifs. Le risque d'évolution grave est plusieurs fois plus élevé pour les personnes non vaccinées que pour les personnes vaccinées. La vaccination contribue donc de manière

¹⁴³ Cf. COVID-19 vaccine surveillance report – week 48 (publishing.service.gov.uk).

¹⁴⁴ Voir sur ce sujet la p. 30, COVID-19 vaccine surveillance report – week 48 (publishing.service.gov.uk).

¹⁴⁵ Cf. le système de surveillance sentinelle hospitalière (CH-SUR).

¹⁴⁶ Voir sur ce sujet la section 4.1 du rapport de février 2022 sous www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemie/2019-nCoV/sur-bericht-februar-2022.pdf.download.pdf/2022_02_report_full_introFR_2022_02_22.pdf.

¹⁴⁷ Voir sur ce sujet la section 4.3 du rapport mentionné en note 146.

décisive à la réduction de la charge de morbidité, tant pour l'individu que dans une perspective sociétale.

46 Affirmation 6.2. Selon le Comité Juristes, les personnes vaccinées pourraient transmettre le virus aussi bien que les personnes non vaccinées et, en cas de «perce du virus», tomber malades aussi gravement que les personnes non vaccinées.

⁴⁷ La majorité des personnes vaccinées sont protégées contre l'infection. Cette protection est initialement élevée et diminue avec le temps, mais peut être restaurée pour une certaine période par une vaccination de rappel¹⁴⁸. Au niveau de la population, elle entraîne une nette réduction de la transmission. La protection vaccinale contre l'infection n'est toutefois pas absolue et dépend notamment des variants prédominants ou émergents. En d'autres termes, même les personnes vaccinées, si elles sont infectées, peuvent contaminer d'autres personnes, même si elles ne tombent pas elles-mêmes gravement malades. Pour éviter une contamination au niveau individuel et une éventuelle propagation, la vaccination doit être complétée par des mesures de protection et de prévention (p. ex., le port du masque). En cas de risque particulier, cela vaut également pour les personnes vaccinées, pour lesquelles une évaluation individuelle des risques doit être effectuée. La vaccination offre une protection durable contre les formes graves de la maladie¹⁴⁹.

48 Affirmation 6.3. Dans l'ensemble, le SARS-CoV-2 ne représenterait pas un risque plus important que celui de la grippe saisonnière: une étude d'octobre 2020 aurait calculé une létalité globale de 0,15 % à 0,20 %; pour les personnes de moins de 70 ans, elle ne serait que de 0,03 à 0,04 %. Une étude plus récente considérerait une létalité globale de 0,15 %. Chez les enfants et les adolescents, on estimerait que la létalité du SARS-CoV-2 ne serait que de 0,0027 %, ce qui signifie que le «risque» pour eux tendrait vers zéro.

⁴⁹ Pour des maladies telles que la grippe et le COVID-19, qui peuvent être légères ou graves, il faut s'attendre à un nombre élevé d'infections non déclarées. Les estimations de létalité (nombre de décès par rapport au nombre de personnes infectées) reposent donc sur de nombreuses hypothèses – contrairement à celles concernant la mortalité (nombre de décès rapporté à la population). La létalité et la mortalité peuvent varier en fonction du variant viral en circulation et de l'immunité préexistante dans la population. En cas d'infection très élevée, même un virus à létalité modérée peut entraîner une mortalité élevée, une menace pour la santé publique et un préjudice économique important. C'est ainsi qu'en Suisse, en même temps que les vagues épidémiques de COVID-19, on a observé une surmortalité parfois élevée^{150, 151} chez les

¹⁴⁸ <https://scienctaskforce.ch/en/policy-brief/protection-duration-after-vaccination-or-infection-and-efficacy-of-a-third-dose-by-vaccination-or-booster-by-infection/>

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Office fédéral de la statistique. Mortalité, causes de décès. Décès par semaine de 2020 à 2022, consulté le 14.3.2022 sous Mortalité, causes de décès | Office fédéral de la statistique (admin.ch).

¹⁵¹ Office fédéral de la statistique, Suivi de la mortalité (MOMO), consulté le 14.3.2022 sous Suivi de la mortalité (MOMO) | OFS – Experimental Statistics (admin.ch).

personnes de 65 ans et plus. Cela a également été le cas lors de certaines fortes épidémies de grippe saisonnière (p. ex., en 2017), mais dans une mesure nettement moindre et ce, bien qu'aucune mesure étatique n'ait été prise. Des modélisations récentes estiment, sur la base des données de surmortalité, que la mortalité liée au COVID-19 devrait être trois fois plus élevée que le nombre de décès enregistrés, au niveau mondial, et 1,3 fois plus élevée pour la Suisse¹⁵². Cela correspond à 18,2 millions de décès dans le monde pour 2020–21 (soit 9,1 millions par an). En revanche, le nombre de décès liés à la grippe dans le monde est estimé entre 291 000 et 646 000 par an^{153, 154}. Pendant la phase pandémique, la mortalité liée au COVID-19 a donc été, en Suisse comme dans le monde, nettement plus élevée que la mortalité liée à la grippe saisonnière.

⁵⁰ Affirmation 6.4. En Suisse, dans les classes d'âge de 0 à 9 ans et de 10 à 19 ans, seuls trois décès (sur un total de plus de 11 000 décès) auraient été enregistrés en relation avec un test PCR positif entre le 24.2.2020 et le 5.12.2021, le dernier aux alentours du 28.3.2021.

⁵¹ Il a été en effet réjouissant de constater que les enfants étaient moins touchés.

b. Affirmations sur la dangerosité des mesures

⁵² Affirmation 7. Selon le Comité Juristes, depuis l'adoption de la règle des 2G le 17 décembre 2021, il y a eu une augmentation disproportionnée des nouvelles infections ou des décès associés au COVID-19 dans les EMS.

⁵³ L'analyse des données montre que le nombre de nouvelles infections et de décès associés au COVID-19 dans les EMS est resté stable à un niveau très bas depuis l'entrée en vigueur de la règle des 2G. La proportion d'hospitalisations nécessaires chez les résidents d'EMS est également plus faible que lors des vagues précédentes.

⁵⁴ La prévention des infections dans les EMS ne se limite toutefois pas à une seule mesure, mais comprend un ensemble de mesures dynamiques qui sont régulièrement adaptées à la situation épidémiologique. La règle des 2G – valable exclusivement dans les zones de l'institution accessibles au public (restaurants, cafés) – est une mesure parmi de nombreuses autres, comme le port systématique du masque par tous les visiteurs et collaborateurs, les tests répétés, la gestion des visiteurs, l'isolement ou la quarantaine.

¹⁵² COVID-19 Excess Mortality Collaborators, Estimating excess mortality due to the COVID-19 pandemic: a systematic analysis of COVID-19-related mortality, 2020–21 – ScienceDirect, Lancet, 2022.

¹⁵³ Iuliano A, Estimates of global seasonal influenza-associated respiratory mortality: a modelling study – The Lancet, 2017.

¹⁵⁴ Paget, Global mortality associated with seasonal influenza epidemics: New burden estimates and predictors from the GLaMOR Project – PubMed (nih.gov), 2019.

c. Appréciation juridique: la condition de la proportionnalité des mesures est remplie

⁵⁵ Selon le DFI, l'adoption par le Conseil fédéral, le 17 décembre 2021, des restrictions d'accès à certains établissements, institutions et manifestations en intérieur aux personnes vaccinées et guéries s'avère conforme au principe de proportionnalité. Les mesures étaient en effet aptes, nécessaires et proportionnées au but poursuivi, compte tenu de la situation très tendue dans les hôpitaux et de l'état des connaissances au moment de la prise de décision.

⁵⁶ Bien que l'immunité ne protège qu'en partie contre la transmission du variant Omicron, il est reconnu qu'elle protège d'une manière efficace contre des formes graves de la maladie et des hospitalisations. L'accès à certaines manifestations et entreprises a été interdit aux personnes n'ayant qu'un résultat de test négatif. L'objectif était de réduire le risque d'infection des personnes non immunisées, qui transmettent plus facilement le virus et peuvent tomber gravement malades (et éventuellement nécessiter une hospitalisation). L'obligation de port du masque était une mesure supplémentaire apte à la protection contre le risque de transmission du virus. Le variant Omicron étant largement résistant aux anticorps et transmissible, les mesures renforcées (port du masque obligatoire) concernaient également la partie vaccinée et guérie de la population. Là où l'obligation de port du masque ne pouvait pas être respectée, il était également nécessaire de restreindre l'accès aux personnes guéries ou vaccinées présentant un résultat négatif de test ou fraîchement vaccinées ou guéries, de manière à réduire fortement les risques d'infection lorsque cela est nécessaire pour empêcher une mise en danger du fonctionnement des hôpitaux. Il faut tenir compte du fait que de telles restrictions d'accès servent à protéger le système de santé d'une surcharge, d'autant plus qu'en limitant l'accès aux titulaires de certificats 2G et 2G+, on diminue le risque de transmission et donc le risque d'augmentation du nombre de personnes malades nécessitant un traitement hospitalier. L'objectif principal du Conseil fédéral dans le prononcé des mesures, à savoir la protection des structures hospitalières, était ainsi garanti et les mesures étaient aptes à remplir le but escompté.

⁵⁷ Les mesures de restrictions d'accès 2G et 2G+ s'avéraient nécessaires, c'est-à-dire qu'elles n'étaient pas excessives, tant par leur nature, car il s'agissait de conditions d'accès et pas d'interdiction totale d'accès, que par leur durée, car les mesures étaient initialement prévues pour une durée limitée au 24 janvier 2022, ou enfin par leur portée spatiale, car elles se limitaient à certaines institutions et établissements du domaine des loisirs, du divertissement, des sports et de la culture et ne concernaient pas l'offre de biens et services de consommation courante. En outre, il faut tenir compte du fait qu'à la mi-décembre 2021, le variant Delta prévalait toujours et que l'on ne disposait pas encore de connaissances suffisamment sûres sur Omicron et le risque qu'il représentait.

[...]

⁵⁸ Pour conclure, il convient de souligner que le Conseil fédéral a délibérément limité les mesures dans le temps, conformément à la proposition du DFI. Cela traduit la volonté du Conseil fédéral de réexaminer en permanence les mesures en question et les restrictions des droits fondamentaux qui en découlent quant à leur nécessité ou à la lumière des critères énoncés à l'art. 36 Cst. Dans ce contexte-là, le DFI et l'OFSP ont

eu des échanges réguliers avec d'autres services fédéraux concernés. Ils ont en particulier pris connaissance des questions soulevées par l'Office fédéral de la justice dans le cadre de la consultation pour un projet de mesures supplémentaires fin décembre 2021 (prise de position de l'OFJ du 28 décembre 2021) ainsi que d'un projet de prolongation des mesures mi-janvier 2022 (prise de position de l'OFJ du 17 janvier 2022). Les questions soulevées par l'OFJ dans ce cadre ont fait l'objet de discussions et d'analyses approfondies. Se fondant sur la proposition du DFI, le Conseil fédéral a pris, en toute transparence et connaissance de cause, des décisions difficiles si l'on considère les nombreuses incertitudes qui régnaient à cette période sur la situation, en se basant sur le principe de prévoyance et sur l'état des connaissances prévalant. Pour ce faire, il a été en contact étroit avec la Swiss National COVID-19 Science Task Force. Dans le cadre du réexamen régulier du dispositif de mesures visant à endiguer la pandémie de COVID-19, le Conseil fédéral a finalement levé dès la mi-février 2022 les restrictions d'accès aux personnes titulaires d'un certificat COVID-19.

Lettera dell'UFG alla CdG-N del 13 aprile 2022

1. Question 1: base juridique du certificat obligatoire

¹ L'obligation de limiter l'accès à certains lieux ou manifestations aux personnes disposant d'un certificat de vaccination ou de guérison COVID-19 («certificat sanitaire») reposait sur la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies, LEp, RS 818.101) et sur l'ordonnance du 23 juin 2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ordonnance COVID-19 situation particulière, RS 818.101.26, remplacée depuis lors par l'ordonnance du même nom du 16 février 2022), fondée sur cette loi.

² Par des révisions successives de l'ordonnance COVID-19 situation particulière, le Conseil fédéral a édicté pour la première fois en juin 2021 une obligation de présenter un certificat, notamment concernant les grandes manifestations, les discothèques et d'autres établissements culturels et sportifs (RO 2021 379), l'a étendu ensuite à d'autres domaines (RS 2021 542 et 2021 813), a édicté en décembre 2021 une obligation de durée limitée de présenter un certificat 2G, notamment à l'intérieur des établissements de restauration, des bars et des boîtes de nuit dans lesquels la consommation a lieu sur place, et une obligation de durée limitée de présenter un certificat 2G+ dans les discothèques et les établissements culturels et sportifs (RO 2021 882), avant enfin de supprimer le certificat obligatoire en février 2022 (RO 2022 97)¹⁵⁵.

³ Selon l'art. 5, al. 1, de la Constitution (Cst., RS 101), le droit est «la base et la limite de l'activité de l'État» (principe de légalité). Selon l'acception générale de cette norme, ce principe comprend quatre éléments. Dans le cas qui nous occupe, nul ne semble contester que l'obligation de présenter un certificat a été imposée sous la forme d'une norme générale et abstraite (exigence de la règle de droit) et a été publiée dans les règles (exigence de la publicité suffisante). Nous ne nous étendons pas sur ces deux points.

⁴ Par contre, la requête du Comité Juristes (plus précisément les contributions et articles de presse cités dans les notes de bas de page 18 à 23 de ce document) met en question le respect des exigences en matière de rang normatif et de précision de la base légale.

⁵ Selon le principe du rang normatif, les «dispositions importantes fixant des règles de droit», notamment les «dispositions fondamentales» qui restreignent gravement les droits fondamentaux doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale (art. 36,

¹⁵⁵ Le Conseil fédéral a en outre édicté l'ordonnance du 4.6.2021 sur les certificats attestant la vaccination contre le COVID-19, la guérison du COVID-19 ou la réalisation d'un test de dépistage du COVID-19 (ordonnance COVID-19 certificats, RS 818.102.2), fondée sur l'art. 6a de la loi fédérale du 25.9.2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19, RS 818.102). L'ordonnance COVID-19 certificats règle notamment les conditions d'établissement des certificats sanitaires et leur durée de validité. Elle ne constitue pas une base juridique pour l'obligation de présenter un certificat.

al. 1, 2^e phrase, et 164, al. 1, let. b, Cst.). Le principe de la précision de la base légale, quant à lui, requiert que les normes juridiques soient suffisamment précises pour le sujet de droit puisse orienter son comportement en fonction de cette norme et appréhender les conséquences d'un comportement donné avec un certain degré de certitude (ATF 119 IV 242 c. 1c).

⁶ Comme on l'a exposé en introduction, le certificat obligatoire se fondait sur les dispositions de la section 4 de l'ordonnance COVID-19 situation extraordinaire – chaque fois dans la version en vigueur à ce moment-là –, section qui se fondait elle-même sur l'art. 6 de la loi sur les épidémies. L'art. 6, al. 2, let. a et b, LEp a la teneur suivante:

«Le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons:

- a. ordonner des mesures visant des individus;
- b. ordonner des mesures visant la population;»

⁷ L'art. 6 LEp satisfait sans conteste à l'exigence du rang normatif, puisqu'il s'agit d'une disposition de loi au sens formel.

⁸ Nous démontrerons ci-dessous que la loi sur les épidémies répond aussi au principe de la précision de la base légale en ce qui concerne le certificat obligatoire.

⁹ L'art. 6, al. 2, let. a et b, LEp est la base légale formelle de l'ordonnance COVID-19 situation particulière (et donc du certificat obligatoire), mais il convient de replacer ces dispositions dans le contexte des autres articles de la loi sur les épidémies. Celle-ci fait une distinction entre la situation normale, la situation particulière (art. 6) et la situation extraordinaire (art. 7). En passant de la situation normale à l'une des deux autres, on provoque une «escalade» des compétences, c'est-à-dire que les attributions des organes d'exécution ordinaires passent au Conseil fédéral. Celui-ci, pour faire le nécessaire, peut ordonner des «mesures visant des individus» ou «visant la population».

¹⁰ Ces termes sont très ouverts. Cependant, selon les travaux préparatoires, la marge de manœuvre du Conseil fédéral se limite aux mesures citées aux art. 31 à 38 et 40 LEp (message du 3 décembre 2010 concernant la révision de la LEp, ci-après «message LEp», FF 2011 291, 345). Les art. 30 à 40 LEp concrétisent l'art. 6 LEp en déterminant la liste des mesures à la disposition de la Confédération. À l'égard des individus, le Conseil fédéral peut ordonner par exemple une quarantaine (art. 35 LEp) ou restreindre l'exercice de certaines activités ou d'une profession (art. 38 LEp). Envers la population ou certains groupes de personnes, il peut notamment prononcer l'interdiction totale ou partielle de manifestations, fermer des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées, ou réglementer leur fonctionnement, ou bien encore interdire ou limiter l'entrée et la sortie de certains bâtiments ou zones, ou certaines activités se déroulant dans des endroits définis (art. 40, al. 2, LEp). Ces mesures collectives ont ceci en commun qu'elles doivent réduire la probabilité pour les individus d'être exposés à un agent pathogène et donc infectés («éloignement social»; voir le message LEp, p. 372).

¹¹ La liste des mesures visant la population ou certains groupes de personnes n'est pas exhaustive (comme l'exprime le terme «en particulier» dans la phrase introductive de l'art. 40, al. 2, LEp); le Conseil fédéral peut donc prendre d'autres mesures nécessaires. La LEp lui laisse délibérément une marge d'appréciation conséquente. Comme

il n'est pas possible au législateur de toutes les décrire par avance, la LEp commet assez largement au gouvernement le soin de prendre par voie d'ordonnance des mesures en accord avec le but de la loi (art. 2 LEp).

¹² L'art. 40 LEp concrétise néanmoins dans une vaste mesure la norme de principe de l'art. 6, al. 2, let. b, LEp en mentionnant des exemples de mesures possibles. Le fait que le certificat obligatoire ne soit pas cité nommément n'est pas d'une importance décisive. En effet, l'art. 40 LEp autorise le Conseil fédéral à prendre des mesures amples et incisives lorsque c'est nécessaire pour combattre une maladie transmissible, telles qu'interdire des manifestations ou fermer des écoles, des institutions publiques ou des entreprises privées. Comparé à ces restrictions, le certificat obligatoire est une mesure plus modérée, qui visait d'ailleurs à éviter au Conseil fédéral de fermer des établissements ou d'interdire des manifestations. Si le gouvernement a le pouvoir de prendre des mesures aussi fortes, il doit a fortiori avoir celui de prendre une mesure plus tempérée qui poursuit le même but (réduire la probabilité pour les individus d'être exposés à un agent pathogène et donc infectés). C'est là un corollaire du principe de la proportionnalité (art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Cst.).

¹³ Le fait que le certificat obligatoire ne soit pas mentionné aux art. 6 et 40 LEp est également compatible avec la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le principe de précision de la base légale. Il souligne que cette exigence:

¹⁴ *«ne doit pas être comprise d'une manière absolue. Le législateur ne peut pas renoncer à utiliser des définitions générales ou plus ou moins vagues, dont l'interprétation et l'application sont laissées à la pratique. Le degré de précision requis ne peut pas être déterminé de manière abstraite. Il dépend, entre autres, de la multiplicité des situations à régler, de la complexité ou de la prévisibilité de la décision à prendre dans le cas particulier, du destinataire de la norme, ou de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels; il dépend aussi de l'appréciation que l'on peut faire, objectivement, lorsque se présente un cas concret d'application»* (arrêt du TF 6B 786/2020 du 11 janvier 2021 [traduction]; voir ATF 132 I 49 c. 6.2; confirmé dans le contexte de la pandémie de COVID-19 par l'ATF 147 I 478 c. 3.1.2).

¹⁵ Étant donné ce qui précède, la formulation ouverte des art. 6, al. 2, et 40 LEp doit être vue comme l'expression de l'impossibilité pour le législateur, en particulier s'agissant de la lutte contre une maladie transmissible, de prévoir dans les moindres détails quelles mesures seront nécessaires et conformes au principe de proportionnalité pour parer au danger dans un contexte en évolution rapide. Le Tribunal fédéral le reconnaît également lorsqu'il constate, spécifiquement en relation avec la pandémie de COVID-19, que:

¹⁶ *«lorsqu'il est nécessaire d'ordonner des mesures de police pour parer à des dangers difficilement prévisibles et les adapter sur-le-champ aux circonstances concrètes, il faut accepter d'être un peu moins exigeant par rapport à l'exactitude de la base légale. Dans le cas des normes indéterminées, le principe de proportionnalité prend une importance particulière: lorsque la sécurité juridique est amoindrie du fait de l'indétermination des règles de droit, la proportionnalité des mesures doit être examinée d'autant plus attentivement»* (ATF 147 I 478 c. 3.1.2 [traduction]; voir aussi ATF 143 I 310 c. 3.3.1).

¹⁷ En conclusion: la loi sur les épidémies nomme de manière non exhaustive les mesures que le Conseil fédéral peut prendre dans une situation particulière ou extraordinaire. Comme le confirme la jurisprudence du Tribunal fédéral, le législateur ne peut en effet pas déterminer totalement à l'avance les mesures nécessaires dans le domaine de la lutte contre les dangers sanitaires. La loi donne donc au Conseil fédéral un vaste pouvoir d'appréciation. S'il peut prendre des mesures très incisives telles qu'ordonner des fermetures et interdire des manifestations, il peut, en vertu du principe de proportionnalité, prendre des mesures plus modérées poursuivant le même but. Il en découle que l'art. 6 LEp en relation avec les autres dispositions de la LEp, et en particulier l'art. 40, et l'ordonnance COVID-19 situation particulière forment une base juridique suffisamment précise pour l'obligation de présenter un certificat 2G. Savoir si une mesure déterminée répond à un intérêt public suffisant et si elle est appropriée, nécessaire et raisonnable au regard des restrictions éventuelles de droits fondamentaux est une autre question, qui doit être évaluée à part.

2. Question 2: consultation de l'OFJ avant la décision du certificat 2G obligatoire

¹⁸ Le vendredi soir 10 décembre 2021, l'OFSP a ouvert une consultation des offices sur une révision de l'ordonnance COVID-19 situation particulière. Le délai pour prendre position arrivait à échéance mardi 14 décembre. Le texte comportait deux variantes (une variante 1 prévoyant la généralisation du «2G» et une variante 2 prévoyant aussi des fermetures partielles). Ces deux variantes étaient accompagnées d'un document motivant les textes notamment comme suit:

¹⁹ *«Au vu du taux d'occupation déjà élevé des USI [unités de soins intensifs], encore appelé à augmenter au cours de ces prochaines semaines, et des incertitudes liées au variant Omicron, il est impératif d'endiguer la circulation du virus et de réduire le nombre des infections et des hospitalisations. Cette démarche permettra aussi de préserver une certaine marge de manœuvre dans la perspective d'une éventuelle vague du variant Omicron en janvier.*

²⁰ *C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a décidé de soumettre à titre prévisionnel à l'avis des cantons, des commissions parlementaires, des partenaires sociaux et des associations directement concernées deux options quant aux prochaines étapes de la lutte contre la pandémie. La procédure proposée vise à éviter des fermetures généralisées.»*

²¹ L'OFJ a pris position le 14 décembre 2021 sur toute une série de dispositions des deux variantes, demandant principalement une clarification de nombre de règles envisagées. Il ne s'est pas prononcé expressément sur la question du respect de la proportionnalité par les deux variantes. Cela signifie que l'OFJ n'a pas contesté l'appréciation de l'OFSP que l'objectif d'endiguer la circulation du virus et de réduire le nombre des infections et des hospitalisations était un intérêt public prépondérant.

3. Question 3: examen par l'OFJ des conditions des restrictions de droits fondamentaux

²² Aux termes de l'art. 7, al. 3, de l'ordonnance sur l'organisation du DFJP (RS 172.213.1), l'OFJ examine la constitutionnalité et la légalité de l'ensemble des projets d'actes législatifs, leur conformité et leur compatibilité avec le droit national et international en vigueur et leur exactitude quant au fond. Même si ce contrôle abstrait ne peut aller au fond des choses sur tous les points, notamment en raison de l'étendue de certains projets et de la difficulté de recenser tous les cas d'application possibles, il permet d'éviter des violations manifestes du droit déterminant en un domaine donné (rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit, FF 2010 2009 à 2014).

²³ Le contrôle de la conformité au droit supérieur a lieu usuellement dans le cadre de la consultation des offices. Parfois, l'OFJ est déjà consulté avant la consultation des offices (préconsultation). Lors des révisions successives de l'ordonnance COVID-19 situation particulière, l'OFSP était lui-même soumis à une forte pression temporelle. C'est pourquoi l'OFJ n'a souvent été consulté qu'à très brève échéance. Comme les projets de révision devaient également faire l'objet d'un examen rédactionnel par la Commission de rédaction interne à l'administration pendant le même délai, le temps à disposition pour faire l'examen de la conformité au droit supérieur était très réduit. Les projets de révision ont parfois été soumis à l'OFJ sans rapport explicatif. L'OFJ ne disposait par ailleurs de guère d'informations pour évaluer de manière autonome la proportionnalité des mesures envisagées. L'OFJ a donc dû se contenter le plus souvent d'un contrôle limité à vérifier l'absence de violation manifeste des droits fondamentaux dans les projets de révision qui lui étaient soumis.

²⁴ Le 22 décembre 2021, l'OFSP a envoyé en consultation des offices une série de nouvelles mesures, telles que le «2G+» ou l'extension de l'exigence du «3G». Le 28 décembre 2021, l'OFJ s'est fondé sur les connaissances nouvelles sur la contagiosité du variant Omicron pour mettre expressément en question dans une prise de position adressée à l'OFSP la constitutionnalité de mesures. Le 30 décembre 2021, l'OFJ a demandé à l'OFSP l'inscription du paragraphe suivant dans une éventuelle proposition au Conseil fédéral:

²⁵ *«Le Conseil fédéral doit veiller au respect de la proportionnalité des mesures qu'il ordonne. Pour l'OFJ, cela vaut pour chacune des «strates» de mesures. Une mesure portant davantage atteinte aux libertés ne devrait pas être ordonnée si le but poursuivi peut vraisemblablement être atteint avec une mesure moindre. La généralisation du port du masque et la fermeture des établissements où le masque ne peut pas être porté sont justifiées pour réduire fortement les risques d'infection lorsque cela est nécessaire pour empêcher une mise en danger du fonctionnement des hôpitaux. L'exclusion des personnes non vaccinées ni guéries de larges pans d'activités au travers de l'exigence du 2G est en revanche une restriction dont la proportionnalité est discutable là où la protection contre les infections devrait pouvoir être assurée suffisamment par le port obligatoire du masque. Un renforcement encore supplémentaire avec l'exigence du 2G+ impliquerait actuellement une restriction grave de la liberté économique des entreprises concernées. En effet, plus de la moitié de la population doublement vaccinée n'a pas encore reçu la 3^e dose et devrait donc se faire tester pour accéder aux prestations de ces entreprises. Une application indifférenciée de cette*

exigence du 2G+, même dans des domaines où l'on peut escompter que l'obligation du port du masque sera très largement respectée, risquerait donc d'être considérée comme disproportionnée si les personnes vaccinées avec deux doses restent suffisamment protégées contre le risque d'hospitalisation. [...] On peut enfin s'interroger sur la justification du maintien de la règle du 3G si le variant Omicron est apte à se diffuser largement chez les personnes vaccinées ou guéries: l'obligation de test pour les seules personnes ni vaccinées ni guéries ne contribue plus que marginalement à protéger celles-ci d'une infection; une généralisation de l'obligation de test (3G+, voire 1G) serait davantage apte à atteindre le but visé.»

²⁶ Le train de nouvelles mesures qui avaient été envisagées par l'OFSP le 22 décembre 2022 pour lutter contre le variant Omicron a par la suite été abandonné.

²⁷ Le 17 janvier 2022, l'OFJ a rappelé dans une prise de position relative à une nouvelle consultation des offices que le Conseil fédéral doit veiller au respect de la proportionnalité des mesures qu'il ordonne. Une mesure portant davantage atteinte aux libertés ne devrait pas être maintenue si le but poursuivi peut vraisemblablement être atteint avec une mesure moindre. Il a précisé que la prolongation pendant plus de deux mois de l'exclusion des personnes non vaccinées ni guéries de larges pans d'activités au travers de l'exigence du 2G est une restriction dont la proportionnalité est discutable là où la protection contre les infections devrait pouvoir être assurée suffisamment par le port obligatoire du masque.