

FRANCA MEOLA

LE MISURE DI CONTRASTO ALLA CRISI EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19 TRA “LIBERTÀ” E “AUTORITÀ”, “AUTONOMIA” E “SOLIDARIETÀ”: NOTAZIONI MINIME SUL “METRO DI GIUDIZIO”

SOMMARIO: 1. *Il contrasto alla crisi epidemiologica da Covid-19: un caso assai delicato di bilanciamento tra istanze di “libertà” ed esigenze di “solidarietà”.* 2. *La risposta italiana all'emergenza sanitaria: una vocazione “solidarista” evidente* 3. *... ma assai discussa.* 4. *Le modalità di gestione politico-normativa della crisi sanitaria nella sua fase iniziale: qualche riflessione su una loro possibile “giustificazione” in chiave precauzionale.* 5. *La gestione del fenomeno pandemico nella c.d. “fase 2”: il necessario abbandono della prospettiva precauzionale a favore di una conformazione a Costituzione delle misure di carattere emergenziale.* 6. *Ragionando della crisi sanitaria quale crisi di sistema, ed in progress e le conseguenti future scadenze dell'agenda politica: qualche considerazione a mó di conclusioni.*

1. Il contrasto alla crisi epidemiologica da Covid-19: un caso assai delicato di bilanciamento tra istanze di “libertà” ed esigenze di “solidarietà”

Non vi è dubbio che il bagaglio di questioni di certa pregnanza etica e di altrettanto rilievo giuridico poste dall'emergenza epidemiologica da Covid-19¹ sia davvero pesante. Tante, troppe sono, infatti, le problemati-

1 Più precisamente, riguardo alla denominazione dell'emergenza epidemiologica *de qua*, il Ministero della salute, sul proprio sito istituzionale (www.salute.gov.it), ha precisato che “la sindrome respiratoria acuta grave Coronavirus-2 (SARS-CoV-2) è il nome dato al nuovo coronavirus del 2019. COVID-19 è il nome dato alla malattia associata al virus. SARS-CoV-2 è un nuovo ceppo di coronavirus che non è stato precedentemente identificato nell'uomo”. In particolare, riguardo alla qualificazione nominalistica del virus e della malattia da esso alimentata, sempre il Ministero della salute ricorda che il nuovo coronavirus isolato in Cina all'inizio dell'epidemia era stato provvisoriamente chiamato 2019-nCoV. In pochi giorni, però, l'*International Committee on Taxonomy of Viruses* (in sigla, I.C.T.V.) ha classificato il nuovo coronavirus denominandolo Sars-CoV-2; nome, questo, con cui lo European Centre for Disease Prevention and Control (in sigla, E.C.D.C.)

che che lo stato di emergenza sanitaria conseguente alla diffusione del “tremendissimo virus” ha fin da subito imposto quali urgenze su cui riflettere ed intervenire.

In particolare, in prospettiva giuridico-costituzionale, non può negarsi che la vicenda del Covid-19, pur nella brevità dell’arco temporale in cui è naturalmente destinata ad essere confinata, ha profondamente inciso nel tessuto politico-istituzionale del nostro Paese, ponendosi infine quale banco di prova della tenuta stessa dell’assetto costituzionale sia con riguardo al sistema dei diritti e delle libertà, sia con riferimento al funzionamento della forma di governo². Il concreto andamento della situazione pandemica, ma

si riferisce al nuovo coronavirus sul suo sito. Al contrario, il nome della malattia provocata dall’infezione da Sars-CoV-2 è stato individuato dall’Organizzazione mondiale della sanità l’11 febbraio di quest’anno in Covid-19. Sigla, questa, in cui Co e Vi indicano “coronavirus”, D sta per “disease”, e 19 invece indica l’anno di identificazione.

- 2 Molti sono stati gli studiosi che, fin dalle primissime fasi della pandemia da Covid-19, hanno riflettuto sull’impatto della crisi sanitaria sull’assetto costituzionale del nostro Paese, offrendo letture, anche spesso assai divergenti tra loro, sugli effetti da essa prodotti. Tra questi, senza alcuna pretesa di esaustività, si rimanda a: A. Algostino, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in AIC-Forum Emergenza “Covid – 19”, n. 3/2020; Id., *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell’emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021; V. Baldini, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; Id., *Lo Stato costituzionale di diritto all’epoca del coronavirus*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; Id., *Emergenza sanitaria e Costituzione dell’emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; Id., *Sorridere al tempo della normativa contro l’emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, Editoriale 23 marzo 2020; Id., *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos ...) normativo al tempo dell’emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; Id., *Prendere sul serio il diritto costituzionale ... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; Id., *Emergenza sanitaria e personalismo “asimmetrico” nelle politiche regionali. Aspetti problematici ... e rischiosi*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; Id., *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole ...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020; Id., *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020; Id., *Frammenti di riflessione su un capolavoro all’italiana*, in *Dirittifondamentali.it*, Attualità 31 maggio 2020; Id., *Il linguaggio del potere*, in *Dirittifondamentali.it*, Editoriale 19 ottobre 2020; Id., *La gestione dell’emergenza sanitaria: un’analisi in chiave giuridico-positiva dell’esperienza ...*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2020; Id., *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale. Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021; Id., *Proporziona-*

soprattutto le modalità di sua successiva gestione da parte dei pubblici po-

lità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021; M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *OsservatorioAIC*, n. 3/2020; C. Buzzacchi, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona "gialla"*, in *laCostituzione.info*, 2 marzo 2020; Id., *Scostamento di bilancio da coronavirus*, in *laCostituzione.info*, 13 marzo 2020; M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *AIC-Forum Emergenza "Covid - 19"*, n. 3/2020; A. Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, su *Forumcostituzionali.it*, 10 marzo 2020; B. Caravita, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/2020; P. Carnevale, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Cortisupremeesalute.it*, 1/2021; B. Carrozzino, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *AIC-Forum Emergenza "Covid-19"*, n. 3/2020; M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 6/2020; O. Chessa, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, in *laCostituzione.info*, 12 aprile 2020; F. Clementi, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020; Id., *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *AIC-Forum Emergenza "Covid - 19"*, n. 3/2020; L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020; S. Curreri, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *AIC-Forum Emergenza "Covid - 19"*, n. 3/2020; M. D'Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2020; Id., *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in Gruppo di Pisa; E. De Marco, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensione di diritti costituzionali*, in *Consultaonline*, 6 luglio 2020; A. Fonzi, *Aspetti problematici delle linee guida Covid con particolare riferimento ai rapporti fra Stato e regioni. Principio autonomistico versus accentramento delle funzioni nel "regionalismo dell'emergenza"*, in *Cortisupremeesalute.it*, n. 3/2020; F. Grandi, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *RivistaAIC*, n. 2/2020; R. Lugara', *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *AIC-Forum Emergenza "Covid - 19"*, n. 3/2020; R. Manfrellotti, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *RivistaAIC*, n. 2/2021; P. Masala, *I diritti fra Stato e Regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale "ribilanciamento" occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021; I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020; N. Miniscalco, *La sorveglianza attiva per contrastare la diffusione dell'epidemia di Covid-19:*

teri hanno, infatti, d'improvviso catalizzato l'attenzione dei giuspubblicisti su questioni nodali dell'attuale esperienza costituzionale. Centrale, infatti, è parsa *in primis* la questione concernente la natura, assai controversa, degli stati di emergenza, e la loro disciplina, specie con riferimento alla distribuzione dei poteri tra Parlamento e Governo. Nel contempo, inoltre, fortemente (e drammaticamente) dibattuta è stata la problematica riguardante la compressione (quando non addirittura la sospensione) di alcune libertà fondamentali, anche sotto il profilo dell'adeguatezza dello strumentario giuridico utilizzato allo scopo. Né meno urgente, infine, è parsa la necessità di una ri-definizione del riparto di competenze Stato/Regioni soprattutto (ma non solo) per quel che compete la gestione delle emergenze sanitarie.

Senza affatto negare lo spessore delle questioni connesse a ciascuno dei campi d'indagine appena accennati, non pare tuttavia possa dubitarsi che la crisi epidemiologica da Covid-19 abbia anzitutto impegnato i giuristi a ripensare, con lucidità e rigore, uno dei temi classici del costituzionalismo,

strumento di controllo o di garanzia per i cittadini?, in AIC-Forum Emergenza "Covid – 19", n. 3/2020; D. Mone, *Il Covid-19 in Italia: salute e altri diritti fondamentali fra potere di ordinanza statale e regionale*, in Rassegna online, n. 1/2020; I.A. Nicotra, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in RivistaAIC, n. 1/2021; F.F. Pagano, A. Saitta, F. Saitta, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in AIC-Forum Emergenza "Covid – 19", n. 3/2020; F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in RivistaAIC, n. 3/2020; S. Rossi, *Società del rischio e scelte tragiche al tempo del coronavirus*, in RivistaAIC, n. 3/2020; F. Torre, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in BioLaw Journal, 27 marzo 2020; M. Tresca, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in AIC-Forum Emergenza "Covid – 19", n. 3/2020; C. Tripodina, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, Costituzionalismo.it, n. 1/2020; P. Zuddas, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in AIC-Forum Emergenza "Covid – 19", n. 3/2020.

Oltre che su riviste scientifiche, il contributo di idee offerto in tema da molti costituzionalisti ha trovato spazio anche su molte testate giornalistiche. Tra gli autori che hanno firmato articoli apparsi sulla stampa, si ricordino: M. Ainis, *Il bisticcio del potere*, in la Repubblica, 3 marzo 2020; Id., *Meglio distante che latitante*, in la Repubblica, 19 marzo 2020; G. Azzariti, *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato*, in la Repubblica, 8 marzo 2020; R. Balduzzi, *Solidarietà cardine costituzionale delle eccezionali misure anti-virus*, in Avvenire, 14 marzo 2020; F. Clementi, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in Il Sole 24Ore, 13 marzo 2020; M. Olivetti, *Coronavirus. Così le norme contro il coronavirus possono rievocare il dictator*, in Avvenire, 11 marzo 2020; A. Pertici, *Coronavirus, le camere dimezzate votano il bilancio. "Precedente pericoloso"*, in La Stampa, 11 marzo 2020; M. Plutino, *I decreti di Conte sul Coronavirus*, in Il Riformista, 14 marzo 2020.

ovvero quel bilanciamento tra libertà e autorità, *quid est* autonomia e solidarietà, attorno al quale in definitiva ruota tutta la costruzione dello Stato costituzionale di diritto³. È questa in fondo la prospettiva in cui è naturalmente destinata a risolversi ogni indagine sul merito delle scelte cristallizzatesi in quel profluvio di provvedimenti⁴ governativi e regionali⁵ che, a far data dalla dichiarazione dello stato di emergenza⁶, hanno diversamente modulato possibilità e limiti di esercizio di talune libertà costituzionali in funzione della salvaguardia del diritto alla salute, nella duplice valenza ad esso accordata dalla Costituzione, che ne definisce la portata quale diritto

3 Per un approccio critico al tema, in costanza della pandemia, cfr. V. Baldini, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, cit.

4 Cui si è affiancata la “proliferazione incontrollata degli organismi responsabili della concreta gestione dell'emergenza sanitaria, non solo il Presidente del Consiglio e i Ministri ma, ai sensi dell'art. 122 del Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (tramite decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 18 marzo 2020), il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19: il dottor Arcuri, ma anche la task force presieduta dal manager dottor Colao, composta da 17 esperti e competente soprattutto per l'organizzazione della c.d. fase 2, ed accanto a queste figure più conosciute e visibili, dal 31 gennaio sono state ben 15 le istituzioni create al fine di garantire un approccio “lineare” e concreto nell'affrontare il virus”; così F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, cit., pp. 268, 269, cui si rimanda per le ulteriori e più specifiche indicazioni.

5 Ai fini di una puntuale ricostruzione in termini “riepilogativi” dei provvedimenti adottati con finalità di contrasto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si rimanda ai lavori di B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit.; e M. Belletti, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit.

6 Lo stato di emergenza sanitaria pubblica di rango internazionale (c.d. “emergenza globale”) per il coronavirus viene dichiarato dall'O.M.S. in data 30 gennaio 2020. Ad essa segue, da parte dell'Italia, la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale che viene deciso con Delibera del Consiglio dei Ministri, 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, in Gazzetta Ufficiale, Serie generale, 1° febbraio 2020, n. 26. In particolare, tale Dichiarazione viene adottata “visto” il D.Lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile), e, in particolare, gli artt. 7, comma 1, lett. c), e 24, comma 1. È lo stesso primo articolo della delibera a dichiarare che lo stato di emergenza nazionale è proclamato “ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1”, laddove il comma 2 dello stesso articolo chiarisce che quelli da adottare durante lo stato di emergenza sono gli “interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1”.

fondamentale dell'individuo e, al contempo, interesse della collettività. Ed è in questa stessa prospettiva, ovvero nel diverso approccio adottato dagli studiosi nell'impostazione di tale bilanciamento, che trova conseguentemente la propria *ratio* l'assoluta eterogeneità dei giudizi formulati dalla dottrina a proposito della legittimità delle scelte politico-normative adottate dai governanti al fine di fronteggiare la crisi epidemiologica causata dalla diffusione del coronavirus.

2. La risposta italiana all'emergenza sanitaria: una vocazione "solidarista" evidente...

Impostata nei termini appena delineati, l'indagine cui ci si appresta finisce, peraltro, per assumere una precisa caratterizzazione.

Essa, infatti, non mira a stabilire in che modo, nel nostro Paese, sia stato definito il bilanciamento in esame, e quale quindi il rilievo che, nel confronto, è stato accordato ai diversi beni/interessi in esso coinvolti.

E ciò perché, sotto tale profilo, non pare dubbio che, per quanto riguarda l'Italia, fin da subito, nell'ambito del dibattito riguardante i criteri-guida sui cui fondare l'azione umana a fronte di situazioni emergenziali, non solo sul piano etico, ma anche su quello giuridico, assoluta rilevanza è stata accordata al principio costituzionale di uguaglianza, declinato altresì in termini di equità, ragionevolezza, e non discriminazione, ma pure a quei doveri di solidarietà, non solo politica o economica, ma anche sociale, che la stessa Costituzione appella come inderogabili.

Basterebbe in questo senso anche solo limitarsi ad una rapida scorsa dei contenuti di taluni documenti che, redatti nel corso della pandemia, sono stati appositamente pensati allo scopo di indirizzare l'azione di contrasto dell'emergenza sanitaria posta in essere dai pubblici poteri. Tra questi, certamente significativo è il parere elaborato dal Comitato Nazionale per la Bioetica⁷ già nell'immediato della crisi epidemiologica, che, anche solo ragionando del problema dell'allocazione delle risorse in situazioni di scarsità, ha evidenziato l'irrinunciabilità che, pure in condizioni di estrema criticità quali quelle emerse nel corso della pandemia, in conseguenza della limitatezza delle risorse sanitarie utili a garantire l'effettivo accesso dei pazienti alle cure, deve riconoscersi a taluni principi costituzionali, quale

⁷ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 8 aprile 2020, p. 4.

quello personalista e solidarista (art. 2), ovvero quello d'uguaglianza (art. 3), ma anche a diritti, altrettanto costituzionalmente fondati, come quello alla salute (art. 32). Ed è proprio in queste prescrizioni costituzionali che, nel documento infine stilato, l'organo *de quo* ancora la scelta a favore del criterio clinico, che viene infatti considerato come "il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse medesime", laddove, invece, "ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile"⁸.

D'altro canto, sebbene carichi di implicazioni di certo rilievo già solo nella prospettiva in cui si muove il documento *de quo*, in realtà, i principi cui questo ispira la definizione della più specifica problematica trattata, finiscono per dover essere più correttamente intesi come espressivi di un'ulteriore e più generale opzione in direzione di un'efficace azione di contrasto allo stato di emergenza pandemico, ossia quella a favore di una strategia del rigore, poi effettivamente messa in campo dai governanti del nostro Paese. E di fatto, non risulta dubbio che, diversamente da altri Stati europei⁹, i quali, a fronte dell'emergenza, hanno optato per una politica che, finalizzata al raggiungimento della cd. immunità di gregge (obiettivo poi rivelatosi scientificamente errato), ha lasciato all'autonomia individuale ogni determinazione in ordine ai comportamenti da tenere al fine di fronteggiare il problema epidemiologico da Covid-19, finendo per ciò stesso per sacrificare i beni della salute e della vita delle persone singole e dell'intera collettività ad ulteriori interessi, quali quelli di matrice economico/produttiva, la risposta offerta dal nostro Paese alla medesima problematica è stata assolutamente differente. L'Italia, infatti, ha difeso, quale sua priorità, l'esigenza di tutelare la salute, nonché la vita dei singoli, quali diritti fondamentali della persona, non meno che come interesse della collettività, senza alcuna differenziazione a danno dei più fragili in ragione dell'età e delle condizioni generali di benessere psico-fisico. Scelta, questa, assolutamente coerente con il catalogo assiologico accolto in Costituzione, in quanto rispondente non soltanto all'affermazione e valorizzazione di quel principio personalista su cui è costruito l'intero edificio costituzionale, ma anche con l'auspicabile spinta ad una sempre maggiore implementazione nel tessuto sociale di quel principio solidaristico che la stessa Carta fondamentale assume come base di una civile convivenza.

8 *Ibidem*.

9 Qui, in particolare, il riferimento è all'Inghilterra di Boris Johnson.

Ripensate, dunque, alla luce delle osservazioni appena svolte pare evidente che le perplessità espresse da molta parte della dottrina circa la correttezza del *modus procedendi* dei governati nel corso della pandemia, e le pericolose fughe in avanti denunciate dai tanti studiosi che, a fronte del “fascino di una gestione *extra ordinem* dell’attuale crisi”¹⁰, hanno accoratamente invitato a non abbandonare “i presidi di garanzia costituzionale previsti dal sistema”¹¹, addirittura paventando l’instaurazione di uno “Stato di prevenzione”¹², trovino motivo nella specifica traduzione politico-normativa di quel bilanciamento. Ovvero, nel modo in cui, ai diversi livelli di governo, le forze politiche governanti hanno ridefinito le possibilità di esercizio di molte libertà fondamentali, spesso sacrificandone di fatto il concreto godimento con misure di dubbia legittimità non solo sotto il profilo della rispondenza dello strumentario giuridico prescelto al riparto dei poteri normativi positivizzato in Costituzione, ma anche sul piano dell’effettiva loro rispondenza, anche solo in termini di adeguatezza e proporzionalità, a quell’esigenza di salvaguardia della salute individuale e pubblica cui pure risultavano espressamente finalizzate.

3. ... ma assai discussa

In effetti, le misure che, in funzione di contrasto della crisi epidemiologica, sono state adottate in conseguenza della dichiarazione dello stato di emergenza, anzitutto con il D.L. n. 6 del 23 febbraio 2020¹³, hanno indiscutibilmente “strozzato” molte delle libertà fondamentali, il cui concreto esercizio è risultato infine costretto entro limiti assai angusti, quando non addirittura *tout court* inibito. Si pensi alla libertà personale (art. 13), ovvero a quella domiciliare (art. 14). Ma, si considerino pure la libertà di circolazione e soggiorno (art. 16), quella di riunione (art. 17), ovvero ancora quella di culto (art. 19). A ridefinire drasticamente in senso limitativo le

10 Così, F. Torre, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, cit., p. 1.

11 *Ibidem*.

12 In questo senso, marcatamente, V. Baldini, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, cit.; nonché, dello stesso Autore, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, cit.

13 Si tratta del decreto recante *Misure urgenti per il contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, 23.02.2020, n. 45; poi convertito in legge n. 13 del 2020, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, 09.03.2020, n. 61.

possibilità di esercizio di tali libertà sono certo state quelle prescrizioni che, d'un tratto, hanno vietato a chiunque il libero accesso al comune o all'area interessata dal contagio¹⁴, ovvero l'allontanamento da quelle stesse zone a tutti gli individui comunque ivi presenti¹⁵; nonché quelle che hanno imposto la "quarantena con sorveglianza attiva" per coloro che hanno avuto contatti stretti con casi confermati della malattia¹⁶. Tuttavia, altrettanto costrittive delle libertà in questione sono risultate pure le disposizioni che hanno stabilito la sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, "anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico"¹⁷. Ovvero ancora, hanno disposto a favore di una "limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestre, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe ..."¹⁸.

Né le libertà di cui fin qui si è fatto cenno sono state le sole ad esser state sottoposte a misure fortemente costrittive delle rispettive espressioni di esercizio. Ad esse, piuttosto, si sono presto sommati non pochi altri diritti di primario rilievo, parimenti oggetto di significativa compressione, quale conseguenza dell'incidenza esercitata da talune delle misure adottate sul regolare esercizio di funzioni pubbliche. In questa prospettiva il riferimento è anzitutto al diritto alla difesa, per effetto delle costrizioni sofferte in conseguenza della sospensione di tutte le attività giurisdizionali non urgenti¹⁹. Analogo discorso però può farsi anche per il diritto allo studio, a causa della sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria²⁰; queste ultime per lo più dirottate su "esperimenti telematici decisamente poco convincenti in un Paese ancora fortemente arretrato dal punto di vista delle infrastrutture digitali"²¹. Né meno condizionata è stata la libertà di iniziativa economica,

14 Cfr. art. 1, co. 2, lett. b) D.L. n. 6 del 23 febbraio, cit.

15 Cfr. art. 1, co. 2, lett. a) D.L. n. 6 del 23 febbraio, cit.

16 Cfr. art. 1, co. 2, lett. h) D.L. n. 6 del 23 febbraio, cit.

17 Cfr. art. 1, co. 2, lett. c) D.L. n. 6 del 23 febbraio, cit.

18 Cfr. art. 1, co. 2, lett. m) D.L. n. 6 del 23 febbraio, cit.

19 Cfr. art. D.L. n. 6 del 23 febbraio, cit.

20 Cfr. art. 1, co. 2, lett. d) D.L. n. 6 del 23 febbraio, cit.

21 Così, F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, cit., p. 7 Sul tema dell'impatto dell'emergenza sul c.d. *digital divide*, in particolare, P. Zuddas, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit.

stante la previsione di chiusura di tutte le attività non considerate essenziali rispetto alla necessità di garantire beni e servizi di prima necessità²².

È peraltro indubbio che, pur nella diversità dei rispettivi contenuti e della specifica efficacia spiegata sul piano dei diritti e delle libertà, le misure appena ricordate sono risultate tutte chiaramente (ed espressamente) finalizzate ad un medesimo obiettivo, ossia la salvaguardia della salute, quale bene la cui tutela è costituzionalmente qualificata, al contempo, quale diritto fondamentale della persona ed interesse della collettività.

Tuttavia, proprio sull'effettività di tale finalità, ovvero sulla rispondenza dell'assoluta primazia in tal modo accordata al diritto alla salute al dato emergente dalla gestione reale della crisi sanitaria, la dottrina più accorta ha palesato non poche perplessità, lamentando anzi la contraddittorietà insita nell'atteggiamento dei governanti che, nel mentre "sguainavano le armi del distanziamento sociale contro il virus"²³, costringendo tutti ad una sorta di detenzione domiciliare, lontani dagli affetti, ma anche dal lavoro, adottando a tal fine misure a dir poco incomprensibili, quali quelle che proibivano anche solo una passeggiata con i bambini, o la possibilità ai *runner* di continuare a svolgere la loro attività sportiva, di fatto hanno consentito che medici e operatori sanitari in genere combattessero per lungo tempo la loro battaglia contro l'infezione senza idonei dispositivi di protezione individuale, e senza neppure alcuna "istruzione", stante l'assenza di regole di condotta "certe", idonee a scongiurare il contagio e sconfiggere la malattia. Il tutto senza contare la scarsa attenzione prestata nei riguardi di intere categorie di soggetti, quali, ad esempio, i migranti, i detenuti, gli stranieri, ma anche i disabili, i rom, ed i senzatetto, per i quali, specie all'inizio, è mancata la considerazione necessaria ad evitare che fossero contagiati, ovvero divenissero veicolo di contagio²⁴.

Ma, se la contraddittorietà della gestione pubblica della pandemia ha offerto motivo a molte delle più severe critiche rivolte dalla dottrina nei riguardi delle scelte operate dai governanti, è sulla strumentalità della maggior parte di quelle stesse misure al soddisfacimento degli obiettivi di salvaguardia del bene salute cui pure sono state *expressis verbis* rivolte che, in molti casi, si è registrato un ancor più marcato dissenso non solo da parte degli studiosi, ma anche dei giudici via via chiamati a vagliare la fondatez-

22 Cfr. art. 1, co. 2, lett. j) D.L. n. 6 del 23 febbraio, cit.

23 Così, F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, cit., p. 267.

24 Al riguardo, in particolare, M. D'Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, cit., p. 43 ss.; nonché, della stessa Autrice, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, cit., p. 29 ss.

za dei molti dubbi di legittimità sollevati con riguardo ad alcune delle più controverse misure varate a mezzo D.P.C.M. E così, ad esempio, se da un lato la dottrina si è interrogata sulla rispondenza delle misure di contenimento dell'attività sportiva al benessere delle persone affette da patologie che, al contrario, richiedono un movimento quotidiano da parte di chi ne è colpito (come i diabetici)²⁵, dall'altro, la magistratura amministrativa si è trovata a dover sindacare la legittimità del richiesto utilizzo della mascherina nei bambini in età scolare, sotto il profilo dell'incidenza dell'uso della stessa sul benessere psico-fisico degli alunni²⁶. E se, con riferimento alle esigenze di salvaguardia della salute individuale, nei casi ora menzionati, ora l'evidente assenza di ogni rapporto di strumentalità, ora invece la mancanza di adeguati elementi probatori a sostegno della tesi della legittimità della misura adottata hanno alimentato la dura condanna della dottrina, ovvero la ferma censura dei magistrati, non meno critica è risultata la valutazione di quelle stesse misure sotto il profilo della salvaguardia della salute collettiva. Se nulla infatti è persa la possibilità di contagio a danno della salute collettiva conseguente all'attività motoria svolta da persone che ne avessero necessità, altrettanto dubbia è risultata la strumentalità a quegli stessi obiettivi dell'uso della mascherina da parte degli studenti nel corso di tutte le ore di lezione, laddove, in luogo di esso, fosse garantito il rispetto di ulteriori misure, quali quelle del distanziamento tra i banchi, comunque idonee ad evitare il contagio a danno della salute collettiva.

In realtà, però, ferme le critiche che, per i profili indicati, hanno reso le misure di contrasto all'emergenza epidemiologica da Covid-19 oggetto di vivaci polemiche, è soprattutto sulla loro rispondenza al criterio della "proporzionalità" che le stesse hanno alimentato la maggior parte dei dubbi riversi dalla dottrina nei propri contributi in tema. In effetti, ripensate alla luce del criterio *de quo*, che, in forza di un ormai risalente e consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale²⁷ ed amministrativa²⁸, ne definisce la legittimità in ragione della funzionalità al superamento delle contingenze per le quali si è resa necessaria la loro adozione ed all'essenzialità

25 Sul punto, specificamente G. Pitruzzella, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e di attività motorie all'aperto*, in www.giustiziainsieme.it. Ma, sempre in argomento, si veda altresì F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, cit., p. 267.

26 Tar Lazio, ordinanza n. 7468/2020. Nell'occasione, il tribunale amministrativo si è espresso sul D.P.C.M. del 3.11.2020.

27 Tra le tante, Corte costituzionale, sentenza n. 8 del 1956; nonché sentenza n. 26 del 1961. Il testo di entrambe tali pronunce è consultabile sul sito www.giurcost.it.

28 Tra le più recenti in tema, cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 953.

allo scopo, molte delle misure *de quibus* sono parse assolutamente viziate in punto di ragionevolezza. Si pensi, tra l'altro, al divieto di circolare con componenti del nucleo familiare con cui, dunque, si vive a stretto contatto in casa, oppure ancora al divieto di circolare anche da soli per motivi diversi da quelli espressamente indicati nei successivi D.P.C.M.²⁹, nonostante l'impiego di tutti i dispositivi di protezione individuale richiesti. Senza neppure indulgere in un esame più approfondito, è evidente che nessuna di queste misure può obiettivamente dirsi "proporzionata" nel senso sopra spiegato.

4. *Le modalità di gestione politico-normativa della crisi sanitaria nella sua fase iniziale: qualche riflessione su una loro possibile "giustificazione" in chiave precauzionale*

A quelle di cui sin qui si è fatta menzione possono certamente sommarci altre misure che, ugualmente adottate in periodo pandemico (a mezzo decreto-legge, ovvero con i diversi D.P.C.M. e le molte ordinanze regionali che ne hanno costituito, in questo tempo, una diretta propaggine), hanno offerto, in relazione a ciascuno dei profili indicati, motivo di riflessione da parte della dottrina, ad oggi sostanzialmente allineata su posizioni per lo più assolutamente critiche nei riguardi della conduzione politica dell'emergenza sanitaria.

Tuttavia, condotta *a posteriori*, una valutazione "unitaria" di quelle stesse misure, sganciata cioè da una riflessione che inglobi in sé la comprensione dell'andamento della situazione epidemiologica e il grado successivo di conoscenza delle condizioni e possibilità di contagio virale, pare quanto meno opinabile. Essa infatti finisce per stigmatizzare scelte assunte sulla base di un *know how* scientifico che, ad oggi ancora "zoppicante" nel fornire risposte definitive su molte delle problematiche poste dalla diffusione del Covid-19, si è mostrato, specie all'inizio, indiscutibilmente "disarmato" nell'affrontare adeguatamente l'emergenza sanitaria, oltre che incapace di offrire un'immagine autorevole del sapere medico-specialistico. Questo, anzi, persa definitivamente la caratterizzazione di matrice illuministica, che ad esso guardava quale sapere certo e unitario, è stato invece parcellizzato

29 Si ricordi che, a norma dell'art. 1, c. 1, lett. a del D.P.C.M. 8 marzo 2020, gli spostamenti dovevano essere "motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute".

in una miriade di opinioni, tesi e pareri tra loro assolutamente disomogenei, quando non addirittura contrastanti, o meglio ancora antitetici.

Indiscutibilmente, le difficoltà del sapere scientifico specialistico appena denunciate sono da mettere in relazione con l'assenza, da parte degli studiosi, di una pregressa conoscenza del virus con cui ci si è trovati all'improvviso a dover combattere, e quindi con la mancanza di precise prescrizioni finalizzate al contrasto del contagio. Non meno rilevante, del resto, è stata la virulenza del fenomeno epidemiologico, e la rapida diffusione di successive varianti. Si tratta infatti di fattori che se da un lato hanno imposto un'accelerazione del proprio lavoro da parte dei ricercatori, sottoposti pertanto ad uno *stress* in molti casi contrastante con le esigenze, altresì temporali, della sperimentazione, hanno d'altro canto portato spesse volte ad una successiva messa in discussione dei risultati intanto faticosamente raggiunti.

Per quel che qui rileva, però, tali difficoltà rappresentano soprattutto il perimetro entro il quale l'autorità pubblica è stata chiamata ad adottare misure che, pur in un clima di forti titubanze e grande incertezza scientifica, fossero comunque in grado di contenere il più possibile la diffusione del virus e con ciò il numero sempre crescente di morti per contagio.

D'altro canto, non può negarsi che le indubbie difficoltà contro cui il decisore pubblico si è imbattuto nell'effettuare le scelte di propria spettanza, in ragione della complessità e contraddittorietà del contesto scientifico di riferimento, sono state non poco accentuate dalle modalità attraverso le quali le notizie sono state filtrate e diffuse certamente dai media tradizionali, ma anche e soprattutto dai nuovi canali social. Quel “contagio informativo”, che, alimentato dalla spasmodica e incontrollata circolazione di notizie, fatti e dati connessi al fenomeno pandemico, ha inciso sulla conoscenza ma soprattutto sulla comprensione sociale del ‘contagio virale’³⁰ non ha semplicemente arricchito il nostro attuale vocabolario, in esso inserendo il neologismo “infodemia”. Piuttosto, la pioggia di verità e falsità, dicerie e conferme, ipotesi, assiomi e teoremi, di cui il fenomeno infodemico si alimenta, ha finito anzitutto per rendere assolutamente più complessa la gestione della crisi sanitaria causata dal coronavirus, in quanto ha favorito la trasformazione del Covid “da una confusa crisi di salute regionale cinese in una *debacle* economica e sociale globale”³¹.

30 In questa parte, sia consentito il rinvio a F. Meola, *Sull'infodemia “coronavirale”*, in L. Chieffi (a cura di), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito biotico*, Sesto-Sangiovanni, 2021, Tomo II, p. 32.

31 Di nuovo, sia concesso il rinvio a F. Meola, *Sull'infodemia “coronavirale”*, cit., p. 325 che qui richiama David J. Rothkopf, *When The Buzz Bites Back*, in

Ripensata, dunque, in tale contesto la conduzione pubblica dell'emergenza sanitaria pare doversi valutare secondo parametri assai diversi da quelli alla luce dei quali certa dottrina ha formulato il severo giudizio espresso nei riguardi di molte delle misure adottate. Ancorato, infatti, agli elementi di conoscenza di cui si è fatto prima cenno, tale giudizio pare debba più correttamente essere diversificato anzitutto in ragione della successiva disponibilità dei dati di comprensione del Covid-19 offerti dalla scienza, ma anche dell'effettiva utilità dimostrata da certe misure nel contrasto alla diffusione del virus, tale da giustificarne il perdurante impiego. Il tutto senza dimenticare l'importanza che, in relazione a misure coercitive e limitative dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti, assume il dato temporale.

In questo senso, quindi, l'analisi finalizzata alla valutazione nel merito delle misure adottate soprattutto nella primissima fase dell'emergenza sanitaria pare doversi più correttamente svolgere nel segno di quel principio di precauzione³² che, in situazioni di incertezza scientifica, al fine di salvaguardare beni di primario rilievo, quale la vita ovvero la salute dei singoli e della collettività tutta, legittima un'anticipazione della soglia di intervento in presenza della semplice previsione di un possibile danno.

Come è noto, l'elaborazione di tale principio, chiaramente inscrivibile all'interno dell'ormai ampia ed intricata problematica concernente il trattamento politico-giuridico dei dati scientifici, ha finito per assolvere in esso un ruolo del tutto peculiare. Ideato, infatti, "per colmare con valutazioni giuridico-politiche gli spazi di incertezza della scienza"³³, il principio *de quo* è riuscito infine ad imporsi quale criterio guida delle decisioni in situazioni di ignoranza. E ciò in ragione dell'obbligo, che esso pone, di adottare misure utili alla salvaguardia di beni fondamentali anche in situazioni

Washington Post dell'11 maggio 2003, il quale, nell'articolo *de quo*, riferiva tale osservazione già alla diffusione del contagio da SARS esploso nel 2003.

32 Come è noto, il principio di precauzione è stato originariamente formulato nella Carta mondiale della natura adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1982. Tale principio è stato, quindi, enunciato, a livello comunitario, dall'art. 174, § 2, Trattato C.E., in cui è stato inizialmente previsto come fondamento della sola politica ambientale. Superando tale impostazione, la comunicazione della Commissione delle Comunità europee del 2 febbraio 2000 lo ha successivamente definito un "principio di diritto internazionale di portata generale", la cui applicazione non è limitata al diritto ambientale, ma si estende ad altre materie, e, in particolare, al settore della tutela della salute e dei consumatori.

33 Così M. Tallacchini, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, Introduzione a S. Jasanoff, *La scienza davanti ai giudici. L'incontro tra scienza e diritto in America*, Milano, 2001, VIII-IX; Id., *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, c in notizie di Politeia, 2002, n. 65, p. 126.

nelle quali, allo stato delle conoscenze scientifiche, si può semplicemente ipotizzare una situazione di rischio ma non è invece dimostrata la sicura o anche solo probabile evoluzione di tale rischio in un concreto pericolo e quindi in evento dannoso. Sicché, sganciandosi da quella “visione contraddittoria della scienza”³⁴ chiaramente sottesa ad altri criteri di carattere prudenziale, l’approccio precauzionale è giunto al contempo per imporsi quale più matura espressione dell’acquisita consapevolezza, a livello politico-normativo, della presenza di *zone d’ombra*, la cui potenziale dannosità per la salute, la vita, ovvero altri beni di portata fondamentale, sebbene non provata, non può per ciò stesso essere negata.

Ebbene, in ragione di quella che ne è la portata e la *ratio* sottostante, il principio *de quo* pare allora non soltanto ben attagliarsi al fenomeno pandemico, ma soprattutto offrire una diversa e comunque valida prospettiva all’interno della quale giustificare le modalità di gestione politico-normativa della crisi sanitaria nella sua fase iniziale. In assenza di ogni certezza in ordine alla diffusività e virulenza del contagio, ed a fronte dell’evidente compromissione del superiore bene della salute, a danno del singolo non meno che della collettività, tale da determinare in molti casi anche la morte delle persone risultate positive al Covid-19, le misure di contrasto infine adottate, benché in taluni casi contraddittorie rispetto al fine espressamente perseguito, ovvero a ciò non strumentali, e comunque non proporzionate ad esso, si sono infine concretizzate in una chiara azione di carattere prudenziale a tutela della salvaguardia dei beni appena menzionati.

A meno di non voler cedere alla tentazione, pur comprensibile, di additare nella paura³⁵ l’“*occasio decreti*”³⁶, il richiamo al principio di precauzione pare insomma offrire una chiave di lettura utile a stemperare gli estremismi insiti in certe impostazioni dottrinali³⁷, ed evitare così che

34 Si tratta di una visione chiaramente sottesa alla valutazione di impatto ambientale (V.I.A.), su cui, per un approfondimento, si rinvia ad un ormai risalente, ma sempre attuale lavoro di M. Tallacchini, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, p. 83.

35 Al riguardo, più diffusamente F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l’impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, cit., p. 258 ss.

36 L’espressione è di F. Torre, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, cit., p. 2.

37 Il riferimento è soprattutto alla paventata imposizione di uno Stato di prevenzione, su cui insiste in special modo V. Baldini, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, cit.; nonché *Emergenza costituzionale e Costituzione dell’emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, cit. In particolare, è in tale ultimo scritto, p. 902 ss., che lo studioso si sofferma sui tratti distintivi di tale forma di Stato, e al fine di intessere un paragone con la condizione susseguente nel nostro Paese alla

le indubbie difficoltà in cui è naturalmente incorso il decisore pubblico nell'affrontare inizialmente una problematica ad oggi ancora sconosciuta per portata ed impatto possa essere interpretata come un assalto allo stato costituzionale di diritto.

5. La gestione del fenomeno pandemico nella c.d. "fase 2": il necessario abbandono della prospettiva precauzionale a favore di una conformazione a Costituzione delle misure di carattere emergenziale

Forse utile a "salvare" le misure adottate nei primissimi momenti dell'emergenza sanitaria, la prospettiva precauzionale non pare tuttavia poter essere ugualmente impiegata al fine di sottrarre da critiche e censure pure le misure adottate a distanza di tempo dalla prima dichiarazione governativa che sanciva l'aprirsi della crisi sanitaria anche nel nostro Paese. E ciò perché è a quella data che effettivamente possiamo riferire lo stato di emergenza, non successivamente. Dopo, in realtà, "considerando che l'emergenza non era causata da un'invasione nemica bensì dalla diffusione di un virus era plausibile attendersi che una possibile compressione dei nostri diritti fondamentali, se effettivamente necessaria, avrebbe avuto una durata ragionevole e direttamente connessa all'approntamento dei mezzi necessari per fronteggiare al meglio l'emergenza sanitaria"³⁸. Ciò che, in realtà, non è stato, posto che tale compressione "è, viceversa, continuata fino ad apparire "scollegata" dalla concreta gestione dell'emergenza stessa"³⁹.

L'osservazione che precede è sostanzialmente condivisibile. E non solo perché fotografa lo stato dell'arte della successiva gestione politica del

dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, spiega: "Elementi sintomatici di un siffatto assetto della forma di Stato è la dominanza del fattore-rischio che surroga il requisito del pericolo concreto quale presupposto idoneo a giustificare l'adozione di misure limitative delle libertà costituzionali. In secondo luogo, la massimizzazione dell'istanza di sicurezza (Isensee) in funzione di tutela del diritto alla vita e alla salute, con contestuale abbandono dei paradigmi ordinari (proporzionalità in senso ampio, adeguatezza, necessità, essenzialità etc.) di riferimento nella determinazione del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti e, così, delle limitazioni di diritti costituzionali. In fine [...] un'inversione di onere della prova circa la legittimità della condotta "libera", per cui l'individuo è tenuto a provare la liceità di ogni movimento all'esterno e l'esercizio di condotte, alla luce della normativa emergenziale vigente che impone la regola generale del divieto".

38 In questi termini, F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, cit., p. 260.

39 *Ibidem*.

fenomeno pandemico, che, nonostante la tanto auspicata “fase 2”⁴⁰, ed il timido ma graduale ritorno alla normalità da essa promesso, è stata al contrario scandita dall’adozione di misure comunque erosive di molti diritti di libertà, tali anzi da insinuarsi “in aspetti fundamentalissimi delle nostre libertà costituzionali, come quello relativo alla sfera degli ‘affetti’”⁴¹. Piuttosto, l’incontestabilità di tale osservazione è strettamente legata alla necessità, che essa richiama, di una conformazione delle misure di contrasto del contagio a quei principi di straordinarietà, proporzionalità e temporaneità frutto del più giusto bilanciamento delle esigenze di salvaguardia del contenuto e delle ordinarie modalità di esercizio dei fondamentali diritti di libertà con la tutela del bene primario della salute.

In effetti, la scelta a favore di una strenua difesa del bene appena menzionato che, dallo scoppio dell’emergenza sanitaria, ha costituito la *ratio* delle più diverse restrizioni imposte all’esercizio dei principali diritti di libertà⁴², imponendosi perciò quale *fil rouge* che nell’immaginario pubblico non meno che nel dibattito dottrinale lega tra loro gli atti di cui si sostanzia la legislazione pandemica, integra un’opzione di valore che, sebbene giustificabile in ragione della ricorrenza delle condizioni eccezionali di cui si è detto in precedenza, risulta, al contrario, ordinariamente contraddittoria sia rispetto al dato costituzionale che alla giurisprudenza di coloro che ne sono gli interpreti privilegiati.

Al riguardo, è bene ricordare che, nonostante sia l’unico diritto che la Costituzione testualmente qualifica come “fondamentale”, anche quello alla salute, al pari di tutti gli altri diritti accolti in essa, è oggetto di bilanciamento. Assolutamente cristallina in questo senso è la giurisprudenza della Corte costituzionale, e, in questa prospettiva, la ben nota sentenza pronunciata sul caso ILVA⁴³. In essa, infatti, nel compendiare brillantemente posizioni espresse in molteplici altre occasioni, la Corte, sconfessando ogni pretesa di assolutezza del diritto alla salute⁴⁴, ha *expressis verbis* rimarcato

40 L’inizio di tale fase era stato annunciato quale conseguenza dell’approvazione del D.P.C.M. del 26 aprile 2020.

41 Così, M. D’Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell’emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, cit., p. 40.

42 Sul primato che, nel dibattito pubblico conseguente al diffondersi del fenomeno pandemico, è stato accordato al diritto alla salute, si leggano, in senso critico, le puntuali notazioni di M. Luciani, *Avvisi ai naviganti nel Mar pandemico*, in *Questione Giustizia*, 08 ottobre 2020.

43 Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 09.05.2013, in www.giurcost.org.

44 In dottrina, per una puntuale e completa disamina delle molte critiche all’idea del primato del diritto alla salute, da ultimo cfr. F. Grandi, *L’art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, cit., *passim*

che “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”⁴⁵. Quindi, sulla base di tale premessa, ha ricordato ancora una volta che la “Costituzione italiana [...] richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”⁴⁶, il cui punto di equilibrio, “proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”⁴⁷.

Inutile insistere sulla rilevanza di tale giurisprudenza ed in particolare sulla significatività del passaggio in ultimo riportato in cui il giudice costituzionale, sottolineando come l’opera di bilanciamento tra i diritti fondamentali cui è chiamato il legislatore incontri il limite della proporzionalità e della ragionevolezza, evidenzia con ciò stesso la necessità di

45 Del resto, “se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”; così Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 09.05.2013, punto 9) del *Considerato in diritto*. In senso analogo, sentenza n. 264 del 28.11.2012. L’indirizzo giurisprudenziale *de quo* non risulta peraltro contraddetto da quella più recente giurisprudenza che, proprio a proposito del diritto alla salute (ma anche del diritto allo studio), ha parlato di diritti “incomprimibili”. (Il rimando, per quel che concerne il diritto alla salute è, in particolare, alla sentenza n. 169 del 12 luglio 2017). Al riguardo, infatti, come efficacemente chiarito da M. Luciani, *Avvisi ai naviganti nel Mar pandemico*, cit.: “con questa espressione [...] la Corte non ha inteso evocare una categoria di diritti dotati di uno speciale statuto, che li sottrarrebbe a qualunque limitazione o li porrebbe su di un piano gerarchicamente sovraordinato a tutti gli altri”. Insomma, “quel che si vuole dire [...] non è che esista una *quidditas* dei diritti identificabile in base a paradigmi giusnaturalistici e per questo non sacrificabile alle esigenze finanziarie”. Piuttosto, come chiarito dall’esimio giurista, con ciò la Corte ha voluto sottolineare che “‘il nucleo invalicabile di garanzie minime’ di un diritto resta intangibile da parte delle scelte di bilancio ‘una volta normativamente identificato’. Sono pertanto ‘incomprimibili’ a fronte delle compatibilità di bilancio quei diritti (o i loro singoli aspetti o profili) che sono stati identificati come tali dallo stesso decisore pubblico. Non si tratta tanto, dunque, di postulare una pretesa ‘essenza’ intangibile dei diritti, che invero non si saprebbe identificare (il famoso *dictum* luhmanniano ‘*das Wesen des Wesens ist unbekannt*’ è assai convincente), bensì di esigere dal legislatore il rispetto dell’autovincolo che si è imposto con certe scelte attributive o ricognitive di diritti”.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*.

verificare “a fronte di una misura che appaia *prima facie* eccessivamente sproporzionata, se il legislatore potesse, nel caso concreto, fare ricorso a strumenti alternativi, ugualmente efficaci rispetto all’obiettivo perseguito ma meno penalizzanti per gli altri diritti e interessi costituzionalmente protetti”⁴⁸.

Piuttosto, a fronte del richiamo a tale giurisprudenza, certamente nota ma in questo tempo oggettivamente scalzata da quella diversa sensibilità che, nei riguardi dei beni della vita e della salute, si è diffusa, a livello sociale non meno che istituzionale, in conseguenza della pandemia, è indubbio che le molte perplessità espresse dalla dottrina riguardo alla legittimità di molte delle misure di contrasto al contagio da Covid-19 acquistano una indubbia corposità. E sarebbe quanto meno pleonastico una riproposizione delle già esaustive argomentazioni proposte al riguardo. Piuttosto, per quel che qui rileva, il riferimento a tale giurisprudenza mostra come quelle stesse critiche fossero espressive di un’esigenza di riconduzione della realtà emergenziale al piano costituzionale che può, sulle prime, risultare posposta all’esigenza di fronteggiare le urgenze poste dal momento, e condurre perciò all’adozione di scelte di carattere prudenziale in qualche misura stridenti con il bilanciamento previsto in Costituzione, ma che poi non può mai, in alcun modo, essere sconfessata.

Indefettibilità, proporzionalità e temporaneità non possono, insomma, considerarsi delle semplici aggettivazioni che, nel linguaggio tecnico, qualificano una particolare categoria di atti giuridici. La questione è niente affatto nominalistica. Piuttosto, quelle formule definiscono le possibilità (e con esse pure i limiti) di compressione dei diritti di libertà in termini tali da ricondurre il rapporto tra autorità e libertà, ma anche tra autonomia e solidarietà, nell’alveo costituzionale.

Ecco allora che, specie per il futuro, è nel rispetto di tali criteri, per come chiariti nella loro portata da un’ormai risalente elaborazione giurisprudenziale, che il decisore politico dovrà dare contenuto a quelle diverse altre misure di contrasto che gli saranno sollecitate da ulteriori situazioni emergenziali che si troverà a fronteggiare.

48 M. D’Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell’emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, cit., p. 41; nonché Id., *Emergenza, diritti, discriminazioni*, cit., p. 27.

6. *Ragionando della crisi sanitaria quale crisi di sistema, ed in progress e le conseguenti future scadenze dell'agenda politica: qualche considerazione a mó di conclusioni*

A prima vista, quella formulata potrebbe sembrare un'osservazione certo teoricamente ineccepibile, ma comunque in sé banale, ed in ogni caso priva di una qualche significatività. Rilevati i profili di vizio degli atti di cui si è sostanziata l'attuale legislazione emergenziale, essa infatti sembrerebbe fornire nulla più di un "taccuino di viaggio" al decisore pubblico che, nel tempo futuro, fosse chiamato ad intervenire in situazioni di tipo emergenziale.

In realtà, a chi scandagli bene la vicenda pandemica risulterà chiaro che le necessità da essa evidenziate non possono essere declinate al futuro. E ciò perché, in realtà, sono già proprie del tempo presente. Le difficoltà ed i problemi che essa ha palesato si radicano infatti in mancanze assolutamente attuali. Già oggi, ad esempio, in ambito medico-sanitario, la presenza di condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili, è realtà in molte aree geografiche del nostro Paese. Analogamente, scegliere in emergenza e con risorse limitate è un problema quotidiano e ordinario nelle terapie intensive. Così come quotidiano e normale è, nei reparti di pronto soccorso, il ricorso a pratiche di *triage*, ove la priorità si stabilisce in base alla compromissione del quadro clinico.

Conseguentemente, a fronte di tali situazioni, laddove il legislatore dovesse perseverare nel proprio atteggiamento, ad oggi improntato a poca accortezza nella predisposizione di mezzi e strumenti utili a consentire al sistema di reggere all'impatto di situazioni emergenziali, si rischierebbe facilmente di ricadere nella formulazione di misure affette da quelle stesse criticità oggetto di severi giudizi da parte della dottrina.

Ma questa volta, la possibilità di invocare nuovamente esigenze di carattere prudenziale, come quelle di cui si è discusso quale *ratio* giustificativa delle misure adottate nell'immediato dello scoppio della crisi sanitaria in funzione della salvaguardia dei diritti alla salute ed alla vita, è destinata inevitabilmente a soccombere a fronte della trasformazione in senso prospettico delle problematiche emerse in conseguenza dell'emergenza sanitaria. È questo, di certo, uno dei seguiti più significativi di questa pandemia. Aver dimostrato che, differentemente da quanto avviene in caso di disastri naturali (terremoti, maremoti etc.) ovvero conseguenti all'azione umana (incidenti stradali, ferroviari, aerei), non sempre l'emergenza è contenuta in un dato spazio e in un certo tempo, né coinvolge un numero definito di persone, ma può protrarsi per uno spazio ed un tempo non prevedibili,

e coinvolgere un numero imprecisato e in continua crescita di persone a causa della virulenza della sua diffusione. Essa, insomma, può presentarsi, come di fatto si è presentata, quale crisi di sistema, ed *in progress*. Crisi, quindi, a fronte della quale le misure fin d'ora da adottare non potranno più ispirarsi ad una logica precauzionale, né, in questa logica, sottrarre la pur necessaria tutela dei beni della salute e della vita ad un giusto bilanciamento con gli ulteriori diritti ed interessi parimenti fondamentali, ma dovranno necessariamente tener conto delle ulteriori e specifiche indicazioni già anni fa offerte dalla Corte costituzionale.

Questa, infatti, tornando a pronunciarsi sul caso I.L.V.A., ed in particolare sul bilanciamento posto da tale vicenda tra le giuste esigenze di salvaguardia dei beni della vita e della salute dei singoli sul luogo di lavoro, e le necessità di produzione e guadagno connesse all'esercizio dell'attività d'impresa, non ha mancato di trarre dal caso motivi utili alla formulazione di una più che significativa precisazione riguardo al bilanciamento in questione⁴⁹. In particolare, nel censurare l'operato del legislatore, responsabile di non avere posto a carico dell'impresa l'obbligo di adottare "misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori"⁵⁰, tra l'altro consentendo, in maniera assolutamente irragionevole, "la prosecuzione dell'attività d'impresa 'senza soluzione di continuità'"⁵¹, la Corte ha sottolineato come la scelta legislativa abbia finito "col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)"⁵². Laddove, invece, "rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce [...] condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona"⁵³.

Di là dalle ulteriori considerazioni che simili puntualizzazioni sollecano, anche alla luce della precedente pronuncia resa sul caso I.L.V.A., è

49 Corte costituzionale, sentenza n. 58 del 23 marzo 2018, in www.giurcost.org.

50 Corte costituzionale, sentenza n. 58 del 23 marzo 2018, punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

51 *Ibidem*.

52 Corte costituzionale, sentenza n. 58 del 23 marzo 2018, punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

53 *Ibidem*.

indubbia la significatività delle precisazioni offerte nell'occasione dai giudici costituzionali. Esse, infatti, non si limitano semplicemente a ribadire la possibilità di attrarre nel *balancing test* i diritti fondamentali alla salute ed alla vita con altri di pari rilievo, compresi quelli di natura economica. Piuttosto, evidenziano l'incidenza che, nella definizione del relativo giudizio, assume la predisposizione di misure in grado di fronteggiare ogni possibile pregiudizio a danno dei primi. In particolare, sotto tale ultimo profilo, dall'indirizzo giurisprudenziale *de quo* parrebbe chiaramente desumersi che se l'inerzia del legislatore nella predisposizione di misure del tipo indicato espone gli atti dallo stesso adottati con finalità di tutela di interessi di natura diversa a vizi che ne giustificano la censura in punto di legittimità costituzionale, al contrario tutte le volte in cui, pur apprezzandosi maggiormente beni ed interessi diversi da quelli fondamentali alla vita ed alla salute, come ad esempio quelli economici, i primi risultino comunque tutelati a mezzo della previsione in via legislativa di misure comunque utili a tali scopi, la questione di legittimità deve essere necessariamente definita a mezzo di un attento e rigoroso bilanciamento, che valga a stabilire la rispondenza e non contraddittorietà della scelta legislativa al catalogo assiologico accolto in Costituzione.

Ebbene, riferita ad una situazione di carattere emergenziale come quella provocata dalla diffusione del coronavirus, la giurisprudenza in questione rende fin d'ora chiari i problemi di legittimità cui si esporrebbero misure di carattere emergenziale del tipo fin qui considerato. Da essa, infatti, risulta palese che l'eccessiva compressione di ulteriori diritti e libertà di matrice costituzionale con cui la salute e la vita entrano in bilanciamento, non può trovare giustificazione in una presunta absolutezza di tali ultimi diritti. E ciò perché in essa l'absolutezza che si pretende proprio di questi beni si dissolve, in realtà, in indubbia relatività. Piuttosto, è nella definizione del corretto bilanciamento tra i diversi beni e/o interessi incisi dalla vicenda emergenziale, e quindi nella positivizzazione di misure improntate alla ragionevolezza, dotate di puntuali giustificazioni, e contenutisticamente ispirate alla proporzionalità e non discriminazione che, per il futuro, dovrà naturalmente risolversi il dubbio circa l'eventuale, eccessiva compressione di diritti e libertà fondamentali, già al centro di animate discussione durante questo periodo pandemico.

Né, in tale valutazione, si potrà disattendere l'ulteriore indicazione della giurisprudenza costituzionale che, già anni fa, pronunciandosi in merito alla durata temporale delle misure a carattere emergenziale, ha chiaramente sentenziato che "l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea".

Sicché, giusto quanto deciso dai garanti della legalità costituzionale, “essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo”⁵⁴.

D’altro canto, la possibilità che l’adozione di misure restrittive (e costringitive) di diritti e libertà fondamentali possa continuare a trovare una “sponda” nel valore costituzionale della solidarietà rischia, di fatto, di essere severamente frustata. E ciò perché, se è indubbio che “nell’architettura dell’art. 2 Cost. l’adempimento dei doveri di solidarietà costituisce un elemento essenziale tanto quanto il riconoscimento dei diritti inviolabili di ciascuno”⁵⁵, è altrettanto inopinabile che è proprio nell’ottica solidaristica che deve apprezzarsi non solo la fattibilità ma anche il limite delle misure da adottare al fine di contrastare situazioni a carattere emergenziale. Come, infatti, acutamente osservato in dottrina, “il patto solidaristico che la Costituzione formalizza solennemente all’art. 2 (e che, in buona sostanza, ripropone con riferimento al diritto alla salute, inteso nella sua dimensione collettiva, all’art. 32 Cost.) rischia di spezzarsi, laddove il decisore politico adotti decisioni irragionevoli, poco bilanciate e che non tengano conto della gravità dei sacrifici imposti a tutti i cittadini e della condizione di sofferenza di chi vive, anche in tempi ordinari, situazioni di vulnerabilità”⁵⁶.

È in questo perimetro giurisprudenziale, di cui fin qui si sono pur sommariamente ricordati i capisaldi, che l’emergenza sanitaria ancora in corso ha in fondo RI-lanciato una sfida importante ed improcrastinabile: riscoperta la continuità tra diritti di libertà e diritti sociali, tragicamente evidenziata dalla pandemia da Covid-19, e dalle restrizioni da essa imposte all’esercizio dei primi per effetto delle carenze insite nel sistema di assistenza sanitaria⁵⁷, metter mano immediatamente ad una riforma del *welfare*, ed in particolare del sistema sanitario, che, partendo da una riconsiderazione critica della competenze di Stato e Regioni in materia, faccia del problema dell’allocazione delle risorse materiali ed umane necessarie ad assicurare un’effettiva assistenza sanitaria, ed anzitutto del relativo reperimento, un’assoluta priorità. La pandemia, infatti, nel suo forte impatto

54 Corte costituzionale, sentenza n. 15 del 1° febbraio 1982, punto 7) del *Considerato in diritto*.

55 Corte costituzionale, sentenza n. 114 del 10 maggio 2019, punto 6) del *Considerato in diritto*.

56 Così, M. D’Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell’emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, cit., p. 43; nonché Id., *Emergenza, diritti, discriminazioni*, cit., p. 29.

57 Profilo, questo, ben evidenziato da O. Chessa, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, cit.

con la realtà, non ha semplicemente evidenziato i molti limiti di una politica di soli tagli e progressiva destrutturazione dell'apparato sanitario, ma da ultimo ha anche e soprattutto sottolineato l'intrinseca debolezza di ogni retorica sui diritti fondamentali, che li sottragga al *balancing test*, ed a quell'esigenza di un loro giusto temperamento ad esso sottesa.