

ROSA GUARINO

LA TUTELA DEI DIRITTI AI TEMPI DELL'EMERGENZA COVID-19

1. *Profili introduttivi*

L'emergenza sanitaria¹ determinata dal Covid-19 ha avuto una portata dirompente, ponendo al giurista numerosi dilemmi derivanti soprattutto dal difficile bilanciamento di diritti costituzionalmente garantiti. Infatti, la gestione di tale evento pandemico ha comportato il profilarsi di una situa-

1 La Carta costituzionale non prevede alcun articolo che disciplini lo stato d'emergenza o di eccezione volto a ricomprendere tutte le situazioni diverse che non si riferiscano al vero e proprio *stato di guerra*, previsto dall'art. 78 Cost., deliberato dal Parlamento e dichiarato dal Presidente della Repubblica ex art. 87, c. 9, Cost., con cui si conferiscono al Governo i relativi poteri. Né può la norma dell'art. 78 Cost. essere interpretata estensivamente, poiché la stessa ha carattere eccezionale e quindi le norme costituzionali aventi carattere eccezionale non si prestano ad interpretazioni analogiche. La disciplina dello stato di emergenza nel nostro ordinamento trova infatti la sua fonte nella sola legge ordinaria, ovvero nel d.lgs. n. 1/2018, Codice della protezione civile, che all'art. 24 rubricato "Deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale" prevede che il Consiglio dei Ministri deliberi lo stato di emergenza di rilievo nazionale "[...] fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'art. 25", in cui né il Parlamento né il Presidente della Repubblica possono avere alcun ruolo come avviene invece nello *stato di guerra*. Sul punto F. Cassese, "La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi", in "Il Dubbio", 14 aprile 2020. Lo stato di emergenza è stato dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri a far data dal 31 gennaio e fino al 31 luglio, ai sensi dell'art. 7, c. 1, lett. c) e 24, c. 1, d.lgs. 1/2018 e prorogato sino al 15 ottobre 2020 con d.l. n. 83/2020. Sottolinea M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in "Consulta OnLine", 11 aprile 2020, p. 7, che nel nostro ordinamento "l'emergenza" è uno specifico istituto giuridico (che non può confondersi con la guerra, l'eccezione, lo stato d'assedio, etc.), del quale il diritto positivo, al di là delle sue determinazioni teorico generali, definisce presupposti (art. 1 e 7 del codice [della protezione civile]), conseguenze giuridiche (in particolare, artt. 24 e 25) e limiti temporali (art. 24, comma. 3)".

zione inedita che, se da un lato impone la necessità di tutelare e garantire il diritto alla salute, costituzionalmente tutelato dall'art. 32, quale "diritto fondamentale e interesse della collettività"², dall'altro pone inevitabilmente la necessità di considerare il limite alla possibilità di compressione degli altri diritti fondamentali della persona anch'essi costituzionalmente riconosciuti³.

Si palesa che, nella recente emergenza sanitaria, in nome della tutela del diritto alla salute *pubblica*, si sia assistito ad una normazione alluvionale⁴, disorganica⁵, schizofrenica, talvolta non chiara e in distonia con il sistema della

2 A. Mazzola, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da Covid19*, in "Nomos", n. 1, 2020.

3 B. Caravita di Toritto, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in "federalismi.it", n. 6, 2020.

4 Le misure adottate sono decreti del presidente del Consiglio dei Ministri (dPCM), tutti attuativi del d.l. n. 6/2020 – prontamente convertito con modificazioni marginali nella l. n. 13/2020 – che ne rappresenta quindi la base legale. Si tratta di dPCM, atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, sottratti al controllo di legittimità della Corte costituzionale certamente foriero di riflessioni concernenti da un lato il profilo metodologico circa la tecnica normativa utilizzata, dall'altro riguardante l'aspetto sostanziale per quanto attiene alla compressione dei diritti costituzionalmente garantiti. Evidente risulta la sussistenza di un *vulnus* al principio di legalità sostanziale che involge proprio la tecnica normativa utilizzata essendo i dPCM atti formalmente e sostanzialmente amministrativi sottratti al controllo di legittimità della Corte costituzionale. Che i decreti emergenziali in questione siano vere e proprie ordinanze è giustamente considerato ovvio da E.C. Raffiotta, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in "Forum di BioLaw Journal", 18 marzo 2020, p. 4. Ivi, anche corrette riflessioni sul rispetto del principio di legalità e delle riserve di legge da parte della catena normativa dell'attuale emergenza. I casi straordinari di necessità ed urgenza godono, dunque, nel nostro ordinamento giuridico, in quanto fatti, di una copertura costituzionale (riconoscimento-fondamento), in grado di essere bussola e fonte legittimante di atti adeguatamente necessari, rispettosi del criterio di proporzionalità, e nel caso, anche restrittivi delle libertà fondamentali. Una diversa soluzione, più coerente con l'ordinamento costituzionale sarebbe stata quella di ricorrere ad altri decreti-legge da adottarsi di volta in volta attraverso cui disporre almeno il contenuto minimo delle misure restrittive e il relativo termine di efficacia, scaduto il quale il Governo avrebbe potuto rivalutare la situazione di fatto alla luce del mutato contesto epidemiologico e decidere eventualmente di adottare un successivo decreto legge. Sul punto M. De Nes, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti Costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in "BioLaw Journal – Giornale di BioDiritto", n. 2, 2020. Sul punto si veda E.C. Raffiotta, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus* cit., pag. 4.

5 Per una disamina completa ed aggiornata sull'enorme produzione normativa si rimanda al sito www.governo.it, di seguito se ne elencano solo alcune: dichiara-

gerarchia delle fonti del diritto⁶, che ha imposto forti limitazioni a diritti fondamentali della persona umana e della stessa collettività⁷. Sul piano etico, queste misure⁸ rispondono al principio di solidarietà, sancito dall'art. 2 Cost., in considerazione della stretta interdipendenza tra salute individuale e collettiva.

zione dello stato d'emergenza del 31 gennaio 2020 (4), il d.l. n. 6/2020, "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19(5)", convertito, con modificazioni, dalla l. n. 13/2020; il d.l. n. 9/2020, rubricato "Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19(6)"; il d.l. n. 11/2020, "Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria(7)"; il d.l. n. 14/2020, "Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza Covid-19(8)"; il d.l. n. 18/2020, "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19", convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020(9). Numerosi i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri: il dPCM 23 febbraio 2020 "Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19(10)"; il dPCM 25 febbraio 2020, "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19(11)"; il dPCM 1° marzo 2020, "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19(12)"; il dPCM 4 marzo 2020, "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19(13)"; il dPCM 8 marzo 2020, "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19(14)"; il dPCM 9 marzo 2020, "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19(15)"; il dPCM 11 marzo 2020, "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19". Da ultimi dPCM 3 novembre 2020 e 3 dicembre 2020.

6 F.S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in "federalismi.it", 22 aprile 2020, p. 2.

7 "Va scongiurato il rischio che una situazione emergenziale si normalizzi evitando proprio che le regole emergenziali sopravvivono all'emergenza, normalizzando quella *deminutio* di libertà, che costituisce il costo di ogni legislazione emergenziale, in virtù del compito dello stato di preservare la salute e la vita dei cittadini". Sul punto S. Furfaro, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in "Arch. pen.", n. 1, 2020, p. 1.

8 Per il loro carattere di eccezionalità, dette misure dovrebbero rispondere a criteri di proporzionalità, di efficacia, di limitazione nel tempo, di possibilità di ricorso giurisdizionale. Sul punto Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: Salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 18 giugno 2020.

2. La controversa tematica della tutela dei diritti nell'emergenza Covid: quale rilevanza del bilanciamento dei diritti?

La situazione pandemica sollecita il giurista a numerosi interrogativi di non semplice risoluzione. Un punto dolente concerne proprio, come detto, il bilanciamento di valori costituzionalmente garantiti, che afferiscono alla persona umana e che hanno subito una significativa compressione per la tutela del diritto alla salute nella sua portata non solo individualistica, ma soprattutto "collettivistica"⁹, nel suo configurarsi come diritto fondamentale¹⁰ e interesse della collettività, quale principio che sembra collocato al vertice della gerarchia dei valori¹¹.

Non va sottaciuto che il dilagare della pandemia da Covid-19 dà la stura ad una nuova valorizzazione del diritto alla salute nella sua dimensione

Sul punto "non solo l'evidenza di quanto avvenuto nei giorni della pandemia, ma l'analisi delle decisioni della Corte testé citate conferma l'assunto iniziale di queste pagine: lo stato di emergenza condiziona il bilanciamento dei diritti ed interessi operato dal legislatore e dall'amministrazione, rendendo ragionevole, per la salvaguardia di quello più direttamente minacciato, la compressione di diritti e interessi in conflitto, a volte attingendo anche il loro nucleo essenziale". F. Scalia, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento di diritti nello stato di emergenza*, in "federalismi.it", novembre 2020.

9 H. Jonas, *Tecnica, Medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino 1997.

10 Tra i molti scritti sulla tutela della salute in generale nella Costituzione si vedano: L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L'ordinamento sanitario*, Vol. I, *L'amministrazione sanitaria*, Milano, 1967, p. 103 ss.; E. De Marco, *La tutela della salute come diritto soggettivo pubblico*, in "Rassegna amministrativa della sanità", n. 10-11, 1972, p. 761 ss.; C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in C. Mortati, *Raccolta di scritti*, Milano, 1973, III, p. 433 ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in "Dir. e soc.", n. 4, 1980; D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, in "Giur. cost.", 1982, p. 2462 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in "Dir. e soc.", n. 1, 1983, p. 21 ss.; M. Luciani, *SIAARTI, op. cit.*, voce *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in "Enc. Giuri.", XI, Roma, 1989; M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; R. Balduzzi, voce *Salute (diritto alla)*, in "Dizionario di diritto pubblico", VI, Milano 2006; C. Tripodina, *Art. 32*, in S. Bartole e R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008; F. Minni e A. Morrone, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in "Rivista AIC", n. 3, 2013; D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, Torino 2018.

11 Sul tema A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in "Rivista AIC", n. 2, 2020.

collettivistica e *superindividuale* e all'affermazione della legittimità e fondatezza della compressione di tutti gli altri diritti¹².

Da qui si è delineata una problematica dolente involgente il difficile bilanciamento tra il diritto alla salute e gli altri diritti tutelati dalla Costituzione, che sono stati inevitabilmente compromessi.

Per quanto concerne il giudizio di bilanciamento esso si configura come tecnica interpretativa, operazione dinamica¹³, che consente il ragionevole temperamento di una pluralità di valori costituzionali concorrenti e implica, inevitabilmente, il necessario richiamo ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

Appare interessante rilevare che, di fronte alla situazione di emergenza sanitaria, assolutamente inedita, si è ritenuto, invece, che le misure adottate per fronteggiare l'epidemia dovessero inevitabilmente comprimere le libertà e i diritti fondamentali garantiti dalla nostra Costituzione e, tra questi la libertà di iniziativa economica privata sancita all'art. 41 Cost., la libertà di circolazione sancita dall'art. 16 Cost.¹⁴, la libertà di riunione e di associazione sancita dall'art. 17 Cost., la libertà religiosa ex art. 19 Cost.¹⁵, il

12 A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in "Bio-Law Journa – Giornale di BioDiritto", n. 2, 2020.

13 Cfr. in tal senso Corte cost., sentenza n. 85/2013 sul caso Ilva. Secondo la Consulta, "il 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". Sul punto M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e ragionevole compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale sul caso Ilva*, in "federalismi.it", 5 febbraio 2014.

14 Giudice di Pace di Frosinone, sentenza n. 516/2020 con cui è stata annullata la sanzione per il mancato rispetto delle misure anti contagio Covid-19 per illegittimità sia della dichiarazione di emergenza sanitaria (per violazione degli artt. 95 e 78 Cost.), sia dei rispettivi dPCM che limitavano la libertà di spostamento delle persone (per violazione dell'art. 13 Cost.). Deve dichiararsi, poi, l'illegittimità per violazione dell'art. 13 Cost. del dPCM del 9 marzo 2020 invocato dal verbale opposto e del rinviato dPCM dell'8 marzo 2020, che, allo scopo di contrastare e contenere il Covid-19, vietava ogni spostamento delle persone fisiche al di fuori della propria abitazione, con limitate e specifiche eccezioni, dettando un vero e proprio obbligo di permanenza domiciliare. Tuttavia, nel nostro ordinamento, tale obbligo consiste in una sanzione penale restrittiva della libertà personale che viene disposta dal Giudice di Pace per alcuni reati.

15 Il d.l. n. 19/2020, nel ribadire la facoltà del Capo del Governo di individuare le misure necessarie al contenimento dell'infezione, misure da adottarsi in conformità a parametri di adeguatezza e proporzionalità al rischio di contagio

diritto all'istruzione ex art. 34 Cost., il diritto alla bigenitorialità fondato sugli artt. 30 Cost. e 8 CEDU¹⁶.

L'esigenza di tutelare altri valori ritenuti prioritari avrebbe dovuto indurre il legislatore a porre in essere un bilanciamento di diritti¹⁷, quale criterio cardine in quanto il diritto alla salute, nella sua dimensione collettivistica, doveva essere temperato con altre libertà costituzionalmente garantite, con una soluzione di *minor danno* per i diritti compressi, preservandone il nucleo irriducibile garantito dalla Costituzione.

annoverava tra i provvedimenti utilizzabili: la limitazione o il divieto di ogni forma di riunione e assembramento in luogo pubblico o aperto al pubblico; la limitazione o la sospensione di manifestazioni ed eventi, nonché di ogni altra tipologia di riunione, da tenersi in luogo pubblico o privato, inclusi quelli aventi natura religiosa; la sospensione delle cerimonie, sia civili, che religiose, e la limitazione dell'accesso dei fedeli ai luoghi di culto. Il provvedimento si poneva in assoluta continuità con la precedente normativa, come evidenziato anche dalla puntualizzazione con cui si ribadiva la perdurante vigenza delle misure contenute nei dPCM dei giorni 8, 9, 11 e 22 marzo. Sul punto si ritiene che “non sia stato rispettato il favor religionis presente nella Carta costituzionale, favor consistente, in una peculiare considerazione attribuita dai Padri costituenti alla dimensione religiosa dell'esistenza, sia positiva, sia negativa, sia estrinsecantesi in comportamenti individuali, sia concretizzantesi nell'adesione ad un gruppo e nella condivisione delle pratiche culturali. La Costituzione ha scelto non solo di qualificare come legittima l'espressione del sentimento religioso, ma anche di attribuirle una dignità peculiare, quale manifestazione della personalità dell'uomo nei cui confronti svolgere un'azione che includa, oltre alla garanzia, anche la promozione. Risultava evidente come negare valore primario al diritto del fedele di rapportarsi con il numinoso e prolungare il divieto di presenziare ai riti al di là del tempo strettamente necessario contraddicano la particolare rilevanza riconosciuta alla religione”. Cfr. P. Lo Iacono, *La normativa anticovid tra tutela della salute e limitazioni all'esercizio della libertà religiosa. Quando la sana cooperazione lotta contro un virus*, in “Dir. di Fam. e delle Pers.”, n. 3, 2020, p. 1088.

16 Tribunale Torre Annunziata, sentenza del 06 aprile 2020 secondo cui “la liceità dello spostamento finalizzato alla attuazione della frequentazione da parte del figlio minore del genitore non collocatario rinviene fondamento nel riconosciuto essenziale apporto all'equilibrio psico-fisico del minore correlato alla presenza di entrambi i genitori ossia costituisce misura attuativa del suo diritto alla bigenitorialità, diritto che assume rilievo nell'ordinamento costituzionale interno e nell'ordinamento internazionale, anche considerando che proprio in questo delicato periodo di restrizioni e di cautele, è necessario garantire regolari rapporti genitoriali ai minori al fine di trasmettere loro fiducia e serenità anche rispetto alle relazioni affettive con i propri genitori”.

17 Sul punto R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in “Consulta OnLine”, n. 3, 2020.

Non va sottaciuto, inoltre, che le ingerenti misure¹⁸ di contenimento adottate, che hanno comportato l'azzeramento o la quasi totale compressione dei diritti costituzionalmente garantiti sono certamente sintomo della inadeguatezza e della impreparazione del sistema sanitario¹⁹ e della man-

18 In modo particolare la Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in G.U. L 158 del 30.4.2004, pag. 7. Sul punto prevede espressamente limitazioni alla libertà di circolazione (intraeuropea) dettate da motivi di sanità pubblica. Ai sensi dell'art. 29 "le sole malattie che possono giustificare misure restrittive della libertà di circolazione sono quelle con potenziale epidemico, quali definite dai pertinenti strumenti dell'Organizzazione mondiale della sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini dello Stato membro ospitante".

19 Da qui potrebbero certamente profilarsi delle forme di responsabilità a carico delle strutture sanitarie per le infezioni da coronavirus contratte presso le strutture stesse dai degenti e dal personale. A tal riguardo è d'obbligo richiamare la l. n. 24/2017 (legge Gelli-Bianco) che ha profondamente riformato la materia della responsabilità sanitaria, sancendo in capo alla struttura sanitaria una responsabilità di tipo contrattuale. La suddetta legge ha mirato a limitare la responsabilità del personale sanitario operante all'interno delle strutture, prevedendo che l'azione nei suoi confronti debba avere natura extracontrattuale. Si è così creato un doppio binario consistente nell'azione contrattuale verso la struttura, ma aquiliana verso il personale che vi opera (il quale potrà poi essere chiamato a rispondere dalla struttura in sede di rivalsa o regresso per i casi di dolo o colpa grave). E se pensiamo alle potenziali responsabilità che potrebbero essere fatte valere dai danneggiati da Covid-19, queste sarebbero principalmente indirizzabili verso le strutture, anziché verso i sanitari. Le più prevedibili potrebbero essere azioni risarcitorie dovute, ad esempio, al diffondersi dell'infezione nella struttura per un'inadeguatezza strutturale ad accogliere pazienti con malattie infettive trasmissibili conclamate oppure alla carente organizzazione per indisponibilità di posti letto ovvero di dispositivi di protezione individuale, o farmaci e altri presidi. Sul punto v. J. Quaiotti, L. Vizzi, L.P. Tronconi, *Il difficile equilibrio tra legislazione ordinaria ed emergenza sanitaria: la Costituzione come bussola al tempo della pandemia da Sars-Cov.2*, in "Riv. It. di Med. Leg." 2 aprile 2020, p. 997.

chevolezza del legislatore²⁰, denotando anche una insoddisfacente cooperazione interistituzionale²¹.

La situazione pandemica ha anche palesato la dolente problematica della allocazione delle risorse sanitarie per la sussistenza di una grave sproporzionalità tra le risorse economiche disponibili e la loro conseguente inettitudine a coprire i bisogni pressanti di cura della totalità dei malati²². Sebbene di norma, nel rispetto dei principi di giustizia, equità e solidarietà, si debbano offrire a tutte le persone eguali opportunità di cura, nell'eccezionalità della situazione emergenziale può risultare adeguato applicare dei criteri per l'accesso alle risorse sanitarie: il Comitato Nazionale di Bioetica (CNB)²³ italiano valuta il criterio clinico, basato sul privilegiare la maggior speranza di vita, come il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse, mentre ogni altro criterio di selezione è ritenuto eticamente inaccettabile²⁴.

Non va sottaciuto, inoltre, che le misure di contenimento adottate in virtù della solidarietà, intesa come consapevolezza dell'interdipendenza ineludibile di tutti gli uomini hanno avuto un impatto differente sui cittadini, comportando il profilarsi di nuove forme di disuguaglianze sotto il

20 Già nel 2005 l'OMS aveva stilato delle raccomandazioni per gli stati membri delle Nazioni Unite in previsione della possibilità di una pandemia influenzale dovuta a un virus persistente, come quello dell'influenza aviaria comparso nel 2003, invitandoli a preparare dei piani nazionali per mitigarne l'impatto. Nell'ultimo decennio, autorevoli organismi internazionali, forti del lavoro di scienziati di diverse discipline, hanno lanciato l'allarme sul rischio di epidemie da virus, sulla base della sempre più frequente ricorrenza di epidemie come SARS, MERS ecc. Oltre al *Rapporto* del settembre 2019 del *Global Preparedness Monitoring Board*, sul piano internazionale va ricordato il lavoro del *Global Health Security Index*, promosso dalla John Hopkins Bloomberg School of Public Health, da cui risulta una generale scarsa preparazione anche dei paesi con i sistemi sanitari e sociali più sviluppati; a livello nazionale, il Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale (predisposto nel 2006 dopo l'influenza aviaria del 2003 dal Ministero della Salute) non è più stato aggiornato dopo il 2010. Cfr. lo *WHO Global Influenza Preparedness Plan* del 2005 https://www.who.int/csr/resources/publications/influenza/WHO_CDS_CSR_GIP_2005_5.pdf.

21 Lo rileva, fra gli altri, V. Baldini, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos....) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in "dirittifondamentali.it", n. 1, 2020, p. 985.

22 Sul punto L. Palazzani, *La pandemia da Covid-19 e il dilemma etico: chi curare?*, in C. Caporale e A. Pirni (a cura di), in *Pandemia e Resilienza, Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la covid 19*, 2020, p. 79.

23 Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 2020.

24 P. Tozzo, A. Gabbin, C. Politi, L. Caenazzo, *Emergenza covid 19: questioni di etica della salute pubblica da una prospettiva globale. Un'analisi preliminare in quattro step covid 19*, in "Riv. It. Med. Leg.", n. 2, 1° aprile 2020, p. 1053.

profilo economico, sociale, culturale²⁵, accrescendo lo *status* di sofferenza e solitudine degli esseri umani più vulnerabili.

3. La valorizzazione della libertà di autodeterminazione e del consenso informato ai tempi del Covid

Il ruolo della salute pubblica ha acquisito, con l'emergenza Covid-19, enorme rilevanza, sollecitando il giurista ad una riflessione concernente la necessità che si individui un giusto punto di equilibrio con il diritto alla salute nella sua accezione *individuale* ex art. 32 Cost. La problematicità della questione involge l'impatto che il delinarsi della situazione pandemica ha avuto sulla esplicazione del diritto alla salute quale diritto personalissimo.

Per coglierne la rilevanza non ci si può esimere dal considerare lo sviluppo, in stretta consonanza col processo di valorizzazione della persona, del principio di autodeterminazione quale valore autonomo, nell'ottica della nuova dimensione del diritto alla salute.

Il diritto alla salute, infatti, assume una nuova portata involgente non soltanto il concetto tradizionale di integrità fisica, quale assenza di malattia, ma il benessere psicofisico dell'individuo²⁶, inquadrandosi nell'alveo dell'art. 13 Cost.²⁷,

25 Comitato Nazionale per la Bioetica, *Orientamenti bioetici per l'equità nella salute*, maggio 2001, dove si identificano come inique, ossia ingiuste, le disuguaglianze nei destini di popolazioni e di individui imputabili a responsabilità umane. Si sottolinea anche che "in alcuni territori molte persone, che ne avrebbero avuto bisogno, non hanno avuto accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore; mentre in altri la Rete di Cure Palliative ha saputo tempestivamente riorganizzarsi per dare il proprio essenziale aiuto ai pazienti affetti dal coronavirus. Per fronteggiare il rischio della emergenza sanitaria è stato posto a rischio il diritto alla salute di coloro le cui cure sono postergate proprio al fine di dare preminenza al fenomeno Covid-19. In regime di *lockdown*, la distinzione – peraltro ragionevole e obbligata – fra attività necessarie e non necessarie, espone a maggior rischio i lavoratori delle prime, rispetto agli altri che rimangono a casa. D'altro lato, il confinamento a casa impatta diversamente sulla popolazione, a cominciare dalle condizioni abitative. Si pensi a chi vive in abitazioni molto piccole e fatiscenti, o in situazioni di sovraffollamento, o alle prese con partner violenti. Lo stesso diritto all'istruzione, oggi implementato attraverso strumenti digitali, è fortemente compromesso per chi, a casa, non dispone di questi strumenti o di una connessione adeguata". Sul punto Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: Salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, cit.

26 In tal senso R. Romboli, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1970, p. 229.

27 Sul punto la famosa sentenza sul caso *Massimo* (Cass. pen., sentenza del 21.04.1992) che evidenzia l'aspetto psicologico della salute e, dunque, l'imprescindibile valutazione soggettiva sulla propria salute che "non è un bene che possa essere imposto

sancendo così “una interazione contenutistica tra salute, libertà e personalità”²⁸. Proprio in quest’ottica assume piena valorizzazione il consenso informato, quale estrinsecazione massima della libertà di autodeterminazione del paziente in relazione agli atti concernenti il proprio corpo²⁹, vero e proprio diritto della persona, che rinviene il suo fondamento³⁰ negli articoli 2, 13 e 32 Cost.³¹

coattivamente al soggetto interessato dal volere o, peggio, dall’arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell’avente diritto, trattandosi di una scelta che riguarda la qualità della vita e che, pertanto, lui e lui solo può legittimamente fare”. Un passo ulteriore nell’abbandono di una concezione tradizionale di salute viene fatto dal Tribunale di Milano nel caso *San Raffaele* (sentenza del 14 maggio 1998) ove si stabilisce che “l’idea tradizionale di patologia risulta sempre più distante rispetto a quella di salute, ormai carica di una forte componente soggettiva” e che “gli atti terapeutici, secondo una visione allargata di salute [...] non fanno più solo riferimento a una concezione organica della malattia, ma tengono conto degli aspetti fisici e psichici della persona e delle sue personali e insindacabili aspettative di vita”. L’autodeterminazione, prosegue la sentenza si concretizza con “l’idea stessa che un individuo ha di se stesso e delle proprie aspettative di vita e una violazione di tale potere di libera scelta non può non implicare una alterazione sensibile di tale autoconsiderazione e dell’immagine di sé”.

28 Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 1990, n. 471, in “Giur. cost.”, 1990, p. 2818.

29 L’accezione libertà di disporre si incentra sul valore inscindibile e unitario della persona umana e postula la libertà di potersi autodeterminare in relazione ad atti che coinvolgono il corpo. Sul punto P. Perlingieri, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1872, p. 183; R. Romboli, *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in “Pol. dir.”, 1991, p. 569; G. Casciaro, P. Santese, *Il consenso informato*, Milano 2012, p. 265 ss.

30 Corte costituzionale, sentenza n. 438/2008, la quale oltre a definire la nozione di consenso informato lo colloca all’interno dei principi costituzionali: il consenso informato “si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che ‘la libertà personale è inviolabile’, e che ‘nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge’”. Anche la Corte di Cassazione (sentenza n. 11749/2018) ha evidenziato che “secondo la definizione datane dal giudice delle leggi (sentenza n. 438/2008), il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e nell’art. 13 Cost. e art. 32 Cost., c. 2, i quali stabiliscono rispettivamente che ‘la libertà personale è inviolabile’ e che ‘nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge’”.

31 Il diritto alla salute viene codificato dall’art. 32 Cost. e qualificato come *fondamentale*. Si ritiene in dottrina che il cambiamento più pregnante nell’accezione del

Il consenso informato si configura, nell'alveo della relazione medico-paziente, quale fulcro della c.d. alleanza terapeutica medico-paziente, nella sua duplice estrinsecazione di consenso e rifiuto alle cure, presupposto di legittimazione e fondamento di qualsiasi trattamento terapeutico³². Questo principio trova la sua attualizzazione nella legge n. 219/2017 che certamente ha il merito di avere reso "un quadro coerente di tutta la relazione di cura, tendenzialmente conforme al diritto dei principi"³³. In conformità con la nostra Carta costituzionale (artt. 2, 13 e 32)³⁴, l'art. 1³⁵ (Consenso

diritto alla salute consiste proprio nell'aver valorizzato il suo carattere di diritto fondamentale-inviolabile, che era stato compresso dalla sua configurazione quale diritto esclusivamente collettivo. Sul punto L. Chieffi, *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino 2003, p. 234. Ravvisa il fondamento del consenso informato negli artt., 2, 13, e 32 Cost., anche Corte cost., sentenza n. 438/2008, in "Foro amm., CDS", n. 12, 2008, p. 3249. secondo cui "il consenso informato svolge una funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative".

32 E. Rossi, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in "Rivista AIC", n. 4, 2011.

33 P. Zatti, *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in "Quot. San.", 7 marzo 2017, p. 3.

34 Tra le decisioni recenti di legittimità v. Cass., sentenza n. 11749/2018: "il consenso informato – inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico – si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost. che ne tutela e promuove i diritti fondamentali e negli artt. 13 e 32, co. 2, Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. L'obbligo del sanitario di acquisire il consenso informato del paziente costituisce legittimazione e fondamento del trattamento, atteso che, senza la preventiva acquisizione di tale consenso l'intervento del medico è – al di fuori nei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità – sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente. L'obbligo ha per oggetto la informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento prospettato e in particolare la possibilità del verificarsi, in conseguenza dello stesso, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, onde porre questo ultimo in condizione di consentire consapevolmente al trattamento medesimo. Il medico – quindi – ha il dovere di informare il paziente in ordine alla natura dell'intervento, nonché in ordine alla portata dei possibili e probabili risultati conseguibili e delle implicazioni verificabili".

35 È definita la relazione tra medico e paziente come relazione di cura e di fiducia che si basa sul consenso informato, nel quale si incontrano l'autonomia decisionale

informato) di questo testo normativo, si preoccupa di tutelare “il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona” oltre a stabilire “che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”.

Da qui la sollecitazione ad una riflessione in quanto si è paventato il rischio che il consenso informato, nell'alveo della situazione emergenziale da Covid-19 e della sua portata incontrollabile, si riduca ad un atto meramente formale, perdendo da un lato la sua efficacia, dall'altro il suo valore, accrescendo la solitudine del malato quale soggetto particolarmente vulnerabile. Va scongiurato il rischio che la riorganizzazione delle strutture sanitarie si riverberi in modo negativo sulle procedure di raccolta del consenso informato da pazienti affetti da infezione SARS-CoV-2, soprattutto semplificando l'obbligo informativo che funge da presupposto per la valida ed efficace manifestazione di volontà del paziente nella scelta del trattamento sanitario, in deroga alla sua necessaria specificità considerata la patologia e la terapia proposta.³⁶ In particolare, il paziente Covid-19 si trova in una situazione di grande vulnerabilità, in primo luogo per la condizione di isolamento e, in secondo luogo, per le condizioni di sicurezza in cui il personale sanitario è chiamato ad operare, rendendo quasi evanescente l'alleanza terapeutica.

Proprio la rilevanza assunta dalla libertà di autodeterminazione del paziente, connesso alla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione (artt. 2, 13, 32), ha comportato, come ribadito dalla giurisprudenza più recente³⁷, il configurarsi del danno da lesione del diritto

del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico (art. 1, c. 2).

36 Trib. Pordenone, sentenza n. 852/2010, in “Resp. civ. prev.”, 2010, p. 1571 con nota di C. Garufi, *Il diritto ad essere informati e la responsabilità del medico*, ove si ribadisce che la presenza di un modulo estremamente generico non fornisce la prova dell'adempimento dell'obbligo informativo. Sul punto Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, 1992, sottolinea che “l'informazione deve riguardare una breve descrizione della metodica indicata, delle alternative terapeutiche, le finalità, le possibilità di successo, gli effetti collaterali”.

37 Cfr. Cass., sentenza n. 28985/2019 con nota di P. Frati, A. Campolongo, R. La Russa, M. Scopetti, V. Fineschi, *Violazione del consenso informato: codifichiamo nozioni, significati e risarcibilità dei danni alla luce della pronuncia n. 28985 del 2019 della Suprema Corte di Cassazione*, in “Resp. civ. prev.”, n. 3, 2020, p. 1016 secondo cui può configurarsi il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, quale danno autonomo dal danno alla salute, e ricorre quando il paziente ha subito altro tipo di pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale di apprezzabile gravità); nella prospettiva non patrimoniale, consiste nella preclusione al

all'autodeterminazione, che prescinde dal pregiudizio all'integrità psico-fisica medicalmente accertabile (danno biologico) sussistente laddove, a causa del *deficit* informativo, al paziente sia cagionato un danno (patrimoniale o non patrimoniale) diverso dalla lesione del diritto alla salute (riconducibile ad esempio alle scelte terapeutiche non conformi alla personalità del soggetto o alla sua fede religiosa)³⁸. Conseguentemente il diritto al risarcimento del danno da lesione del diritto di autodeterminazione, provato dal danneggiato mediante allegazione del pregiudizio subito, può sostanziarsi anche in una minore qualità del vissuto del paziente, dovuta ad una minore serenità e predisposizione ad accettare le eventuali, quanto inaspettate, conseguenze e sofferenze post-operatorie. In tale ultima prospettiva, accanto al *vulnus* dell'autodeterminazione del paziente, ci sarebbe una violazione involgente la dignità stessa della persona.

Da qui il rischio che, in una situazione straordinaria ed emergenziale, possa delinearasi una involuzione di quella che è stata definita "rivoluzione silenziosa della medicina"³⁹ connotata dall'affermarsi dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente e del profilarsi di una nuova forma di decisionismo e paternalismo medico lesiva del diritto alla salute nella sua portata di libertà di autodeterminazione del singolo. Va evidenziato che il consenso

soggetto delle facoltà, che avrebbe avuto se correttamente informato: di prepararsi adeguatamente ad un evento imprevisto ed inaspettato ovvero di riflettere e di determinarsi successivamente ovvero di rivolgersi ad altro medico o altra struttura sanitaria, magari maggiormente specializzata.

38 Cfr. Cass., sentenza n. 2847/2010 secondo la quale "la diversità dei due diritti è resa assolutamente palese dalle elementari considerazioni che, pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sai inadeguatamente eseguita, e che la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manca il consenso ma l'intervento terapeutico sortisca un esito positivo". Viene affermato che "la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un autonomo diritto soggettivo all'autodeterminazione proprio della persona fisica (la quale in piena libertà e consapevolezza sceglie di sottoporsi a terapia farmacologica o a esami clinici e strumentali, o ad interventi o trattamenti anche invasivi, laddove comportino costrizioni o lesioni fisiche ovvero alterazioni di natura psichica, in funzione della cura e della eliminazione di uno stato patologico preesistente o per prevenire una prevedibile patologia od un aggravamento della patologia futuri) che – se pure connesso – deve essere tuttavia tenuto nettamente distinto – sul piano del contenuto sostanziale – dal diritto alla salute, ossia dal diritto del soggetto alla propria integrità psico-fisica".

39 M. Immacolato, F. Boccardo, M. Ratti, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e consenso informato: la rivoluzione silenziosa della medicina*, in "Riv. it. med. leg.", 2004, p. 377.

informato non può e non deve ridursi all'apposizione di una firma anche in una situazione emergenziale e conseguentemente non devono essere avallate modalità operative che rischino di delegittimarlo⁴⁰.

Si rileva che uno strumento atto a valorizzare l'autonomia del paziente affetto da Covid-19, potrebbe essere rappresentato dalla "pianificazione condivisa delle cure"⁴¹ in un dialogo col medico con cui, a fronte della inesorabilità della patologia, si condivide il percorso terapeutico da attualizzare.

Da qui la sollecitazione ad un dialogo interdisciplinare tra i diversi saperi e ad una riflessione volta alla ricerca di un raccordo tra la salute pubblica e i diritti individuali, considerando preminente il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo⁴² e la tutela della persona e della dignità umana quale principio cardine.

40 Gruppo di lavoro ISS di bioetica, *Etica della ricerca durante la pandemia di COVID-19: studi osservazionali e in particolare epidemiologici*, 29 maggio 2020. L. Palazzani, *Le dat e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche*, in "Riv. it. med. leg.", n. 3, 2018, p. 965.

41 La pianificazione condivisa delle cure è prevista dall'art. 5, l. n. 219/2017 "Norme in materia di consenso informato e di Disposizioni Anticipate di Trattamento", in G.U., Serie Generale, n. 12, 16 gennaio 2018.

42 M. Bessone e G. Ferrando, voce *Persona fisica* in "Enc. Dir.", XXXIII, Milano, 1983.