

ROSANNA FATTIBENE

LA CENTRALITÀ DELLA (DECISIONE) POLITICA NELLA GESTIONE DI UN EVENTO PANDEMICO, TRA VALUTAZIONE SCIENTIFICA, DIRITTI E LIBERTÀ, CARATTERI DELLE NORME

1. *Premessa*

L'ancora attuale diffusione della pandemia da Coronavirus, in Italia, ha visto le regole di distanziamento, l'arresto della produttività, perfino il fermo delle attività proprie dell'economia sommersa e dell'illegalità, provocare una grave crisi economico-sociale. Similmente, sul fronte delle libertà e dei diritti, le limitazioni sono state così importanti da fornire fondamento a dubbi di legittimità costituzionale dei provvedimenti che le disponevano.

Inadeguata è apparsa anche la tempistica delle decisioni assunte: inizialmente lenta ad addivenire a misure severe, acquisite soltanto quando, oramai, era conclamato il rischio di una consistente diffusione del virus sull'intero territorio nazionale¹, mentre i provvedimenti adottati la scorsa

1 Ricorda L. Del Corona, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in "Riv. BioDir.", *Special Issue*, n. 1, 2020, p. 75, "come esponenti politici e amministratori locali, facendo esplicito o implicito riferimento alle opinioni espresse da alcuni esperti circa la scarsa letalità del CoViD-19, abbiano, nelle fasi iniziali, e quindi più cruciali, dell'epidemia in Italia, avallato una sostanziale equiparazione quanto a pericolosità per la salute pubblica del nuovo coronavirus a una 'normale influenza stagionale' e invitato i cittadini al mantenimento delle loro consuete abitudini di vita". In effetti, come sintetizza 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 "Osserv. AIC", n. 3, 2020, p. 178, "nessuno strumento preventivo efficace è stato predisposto a livello nazionale e/o sovranazionale per prevenire la diffusione del virus". L'A. ricorda come, paradossalmente, "il c.d. 'paziente 1' di Codogno [sia] stato scoperto solo perché il medico anestesista di turno ha violato il 'protocollo ministeriale', che non gli consentiva di intervenire con un tampone laddove non fosse riscontrabile un chiaro contatto diretto o indiretto con uno dei Paesi con un focolaio autoctono" (corsivi nostri). Inoltre, pur giunti alla "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio

estate, anticipatamente “liberatori”, hanno consentito un sostanziale misconoscimento delle regole di distanziamento². Sicché, essi hanno, di fatto, contribuito al grave riacutizzarsi della diffusione del virus, complici l'insufficienza dei controlli, nonché, alla ripresa settembrina, i ritardi di un'appropriata riorganizzazione³.

Una costante è stata costituita dalla scarsa pubblicità dei rapporti intercorsi tra il decisore politico e l'organo tecnico – il Comitato Tecnico Scientifico, appositamente istituito⁴ –, che non ha consentito, peraltro, neppure di acquisire esatta consapevolezza delle ragioni del bilanciamento, tra i vari interessi in gioco, operato dal Governo nell'adottare i provvedimenti di contingentamento.

A monte, anzi, si colloca la mancanza di trasparenza nonché di prudenza: fin da quel Piano pandemico di cui pure ogni Nazione deve essere munita,

sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili” (recata dalla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020), questa stessa denotava che l'emergenza in questione veniva trattata come “ordinaria” e non già drammaticamente straordinaria ed eccezionale, se non unica, che avrebbe imposto ben altre tipologie di interventi”.

- 2 Già dal d.P.C.M. del 17 maggio 2020, però, i tecnici lamentavano un significativo allontanamento del Governo dalle loro indicazioni. V., in proposito, M. Bocci, *Gli scienziati delusi “Noi messi all'angolo, non serviamo più”*, 20 maggio 2020, in *Rep.*, <https://rep.repubblica.it>.
- 3 Si ricorda, per tutti, il problema costituito dalla penuria dei mezzi di trasporto pubblico, rispetto al numero che sarebbe stato necessario a consentire l'osservanza del distanziamento, in particolare in occasione della riapertura delle scuole, a settembre dello scorso anno. Analoghe difficoltà logistiche sono state accusate dalle scuole stesse, come l'annosa questione delle sedute innovative – i cd. “banchi con le rotelle” –, monoposto e atte ad un facile distanziamento, giunte presso le sedi scolastiche con ritardi tali da renderle sostanzialmente inutili. Riguardo a queste due questioni, per uno sguardo sulla stampa del periodo, v. D. Longhin, *L'alt dell'Agenzia Mobilità “Con le presenze al 75% i bus non basteranno”*, in *La Repubblica*, del 3 gennaio 2021; A. Di Cori, V. Lupia, *La carica dei 70 mila studenti pendolari Atac: coi bus al 50% non ce la facciamo*, in *La Repubblica*, del 4 gennaio del 2021; M. Palombi, *E alla fine arrivano i banchi: 2,5 milioni (ma entro ottobre)*, in *Il Fatto Quotidiano*, del 13 agosto 2020; C. Zunino, *Scuola, cattedre vuote e banchi fantasma. I disagi del primo giorno*, in *La Repubblica*, del 15 settembre 2020; Id., *Le scuole chiudono, ma i banchi non sono ancora arrivati*, in *La Repubblica*, del 9 novembre 2020.
- 4 Con decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371, del 5 febbraio 2020, di “Istituzione del Comitato tecnico-scientifico previsto dall'articolo 2, comma 1, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020”. Il Comitato Tecnico Scientifico ha competenza di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus.

secondo le disposizioni dell'OMS, che pure l'Italia ha adottato, ma che troppo a lungo ha mancato di aggiornare⁵ e che è rimasto sostanzialmente inattuato⁶.

Ad ogni modo, di seguito, non si prenderanno in considerazione (se non per sporadici esempi) i provvedimenti, nazionali e regionali, adottati durante la pandemia, tuttora in corso, così come, inevitabilmente, ancora si susseguono le disposizioni a contenimento. Si tenterà, piuttosto, di tracciare alcune riflessioni sul delicato bilanciamento da effettuarsi, in siffatti casi, essenzialmente tra salute, produttività e libertà, beni tutti presidiati dalla Costituzione.

2. Bilanciamento e contagio

In uno scenario pandemico o anche solo epidemico, relativo ad una malattia caratterizzata dalla rapida diffusione dell'agente patogeno, ovvero ad elevato tasso di contagiosità, il bilanciamento che al decisore politico si richiede di operare, tra i diversi valori in gioco, è del tutto peculiare. In ragione del contagio (che fa di ciascun malato la potenziale causa dell'ammalarsi altrui), particolare è, infatti, la relazione che viene ad instaurarsi tra interessi, diritti e libertà variamente coinvolti. Essi non si pongono, l'uno rispetto all'altro, in rapporto dicotomico o di contrapposizione, per disporsi, piuttosto, in circolarità.

La sussistenza di uno stato di salute dipende dalla fruizione di una molteplicità di risorse, di natura economica e non. Dimodoché, la significativa riduzione delle entrate o la perdita stessa dell'unica fonte di reddito – ma non solo – si prestano anch'esse ad inficiarlo. Più compiutamente, può dirsi

5 Sul rapporto dell'OMS del maggio 2020, relativo alla reazione “improvvisata” del sistema sanitario italiano alla pandemia, pubblicato e rimosso nell'arco di una giornata, in quanto rivelatore dell'arretratezza del Piano Pandemico Nazionale italiano, v. A. Mantovani, *Oms, l'email di Guerra: “Non suicidiamoci, adesso blocco tutto”*, in *Il Fatto Quotidiano*, del 1° dicembre 2020, e, sul medesimo quotidiano, del 16 dicembre 2020, *Piano pandemico, Sileri: “Fermo al 2006 per la sciatteria dei dirigenti del ministero. Ora serve un'indagine interna”*.

6 R. Iacona, *Il sistema sanitario nei giorni del Covid-19. Cosa ha funzionato e cosa è andato storto*, Milano 2020, nel paragrafo significativamente intitolato “Chi ci doveva pensare prima che scoppiasse l'epidemia, il governo o le regioni?”, affronta il tema della mancanza di un Piano pandemico che fosse aggiornato e attuato, all'arrivo della virus in Italia. La causa più probabile viene individuata nelle difficoltà finanziarie e organizzative accusate, da tempo, dal Dipartimento della Prevenzione presso il Ministero della Salute, da cui dipendeva il Centro per il controllo delle malattie, vale a dire la struttura ministeriale dedicata, per l'appunto, al controllo delle epidemie.

che la salute è “dipendente dalla possibilità di usufruire di una molteplicità di risorse dirette e indirette”, sia di natura economica, “senz’altro importanti”, sia di natura affettivo-relazionale, in grado di attivare, ove manchevoli, “stati psicologici” negativi, quali quelli di depressione e di ansia.

Tanto precisato – con le parole, in specie, del Comitato Nazionale per la Bioetica⁷ – si consideri, ora, una limitazione delle attività produttive da cui consegua una crisi economico-sociale o, comunque, un significativo depauperamento e la perdita del lavoro per un segmento importante della popolazione. Similmente, si ponga mente alle restrizioni imposte all’esercizio dei diritti fondamentali, il cui svolgimento necessita la “compresenza”, ciascuno espressivo di imprescindibili aspetti dell’essere⁸. Pur dirette alla salvaguardia della salute (essenzialmente intesa come assenza di malattia), queste limitazioni, sotto forma di misure di contingentamento dell’epidemia, incidono, infine, sulla salute stessa (assunta, questa volta, nel senso di “stare bene”⁹) e, in tale accezione, “legata anche alla fiducia nel futuro, alla sicurezza del lavoro, a condizioni economiche accettabili, alla possibilità di stare con i propri cari”, come ancora il Comitato Nazionale per la Bioetica mette in luce⁹).

D’altro canto, anche sul piano generale, in specie finanziario-organizzativo, la compressione, per ragioni pandemiche, di diritti diversi da quello alla salute ha ricadute rovinose su quest’ultimo. Com’è stato notato, la disponibilità economica consente ai cittadini di meglio onorare i loro doveri

7 La citazione appena riportata è tratta, infatti, dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, del 28 maggio 2020, reperibile in *Comitato Nazionale per la Bioetica – Presidenza del Consiglio dei Ministri*, <http://bioetica.governo.it>, pp. 13, 14.

8 Com’è – in un’elencazione non esaustiva – per l’educazione e l’istruzione, che si svolgono nelle scuole e nelle Università; per l’attività lavorativa e quella professionale, che si esercitano nei luoghi di produzione e di commercio, negli uffici, negli studi *et similia*; per il divertimento e l’intrattenimento, a cui sono dedicati discoteche, cinema e teatri; per l’attività fisica, sportiva e a scopo terapeutico, tra palestre, campi di calcio e centri di riabilitazione.

9 Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 13. Quanto il suindicato aspetto della salute sia stato teso dalle misure di contingentamento assunte dal Governo italiano, durante la pandemia, in occasione, in particolare, del lockdown dichiarato nel mese di marzo dell’anno appena trascorso, è già stato trattato, da chi scrive, in *Il carattere multidimensionale della povertà alla luce della pandemia*, in *Dialoghi in emergenza*, a cura di F. Niola e M. Tuozzo, Napoli 2020, p. 199 ss., a cui sia consentito rinviare; si veda anche, se si vuole, R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, Napoli 2020, p. 233 ss., per una più ampio sguardo sulla crisi economico-sociale conseguita alla pandemia, nel nostro Paese, e dei provvedimenti assunti per farvi fronte.

tributari, essenziali alla tenuta dell'apparato sanitario pubblico¹⁰, come, d'altro canto, dell'intero *welfare State*¹¹. Provvedimenti che incidano negativamente sulla prima, provocandone una grave depressione, seppure per ragioni securitarie, indeboliscono, infine, anche l'organizzazione servente alla soddisfazione dello stesso diritto alla salute.

Su di un piano ancora più ampio e di maggiore preoccupazione, si colloca il timore¹² che provvedimenti restrittivi delle libertà troppo prolungati nel tempo e non adattati alle effettive e diverse situazioni dei territori, lungo la penisola, mettano a repentaglio la stessa tenuta sociale.

In senso inverso, poi, è di tutta evidenza che la salute e ancor più la vita siano presupposto indispensabile per l'espletamento di qualsivoglia attività di natura economica e, prima ancora, di qualsivoglia attività. Le prime godono di una pregiudizialità logico-materiale rispetto alle seconde: quel *primum vivere* che non abbisogna di alcuna spiegazione per essere compreso, tanto è presente nell'esperienza e nella realtà di ciascun essere umano. Questo basta a giustificare quella "sorta di 'priorità imperialistica'" – com'è stata definita – "del valore 'salute' sugli altri"¹³.

Tuttavia, tale priorità, anche quando si spiega con la imprescindibilità della "buona salute" per la conduzione di attività economiche, rimane "unitaria", non prestandosi a differenziazioni in base al tasso di produttività, che pure accusa ampi divari per ambiti regionali o, comunque, per zone del Paese. Esse sarebbero del tutto incompatibili con la indeclinabilità della tutela assicurata dall'articolo 32 della Costituzione, tanto alla salute individuale quanto a quella pubblica, nonché con il generalizzato riconoscimento della dignità umana e con l'eguaglianza di quella sociale, incardinate, rispettivamente, negli articoli 2 e 3, co. 1, della Costituzione. Tanto vale, ovviamente, anche e ancor più ove si determini una situazione di "risorse scarse". In uno scenario pandemico, potrebbe trattarsi – come in effetti si è verificato in quello attuale – dell'insufficienza di dosi vaccinali rispetto alla

10 O. Chessa, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, in *laCostituzione.info*, www.lacostituzione.info.

11 A. G. Lanzafame, *Il lockdown, l'avvio della «fase due», e i problemi della «fase tre»*. La gestione dell'emergenza, sanitaria ed economica, da Covid-19 tra disuguaglianze ingiuste e disuguaglianze necessarie, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020, pp. 497, 498, che considera, oltre alla sanità pubblica, gli istituti di sostegno al reddito e di contrasto alla povertà.

12 Espresso, in particolare, da A. D'Aloia, *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, in *Riv. BioDir.*, *Special Issue*, n. 1, 2020, p. 20.

13 S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli.

totalità della popolazione, con la conseguente necessità di individuarne la parte che ne sia destinataria¹⁴.

Similmente è a dirsi quando si tratti di operare una selezione ai fini dell'accesso ai trattamenti sanitari di contrasto dell'infezione, per il caso di insufficienza di risorse. Anche in questa evenienza, il parametro unico che si proponesse di assumere come criterio di scelta, quand'anche non di carattere economico – tendenzialmente, si tratta, piuttosto, dell'età del paziente –, violerebbe la pienezza del diritto alla salute e l'eguale dignità degli individui. Il problema si è posto, drammaticamente – la “scelta tragica”, com'è stata definita – rispetto all'accesso alle strutture ospedaliere dei malati di Covid-19, in una fase fortemente emergenziale, che ha reso insufficienti, rispetto alla necessità, i mezzi sanitari disponibili, tra posti letto, macchinari, dispositivi, personale medico-sanitario¹⁵.

14 Sullo sfondo delle preoccupazioni per l'annunciata riduzione delle forniture, rispetto a quanto preventivato, da parte dell'azienda Pfizer, produttrice di uno dei vaccini in corso di somministrazione, si colloca la posizione assunta dall'assessore al Welfare e Vicepresidente della Regione Lombardia, Letizia Moratti. Come riportato dalle agenzie giornalistiche e dalla stampa, in un incontro con i capigruppo del Consiglio regionale, l'assessore ha manifestato l'intento di inoltrare una lettera al Commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica Covid-19, recante la proposta d'introdurre quattro parametri per stabilire le dosi di approvvigionamento dei vaccini anti-Covid, vale a dire la densità abitativa della regione, il Pil, la maggiore mobilità e quanto il territorio sia stato colpito dalla pandemia. È stata, in particolare, la richiesta di tenere in considerazione anche il Pil, quale “indicatore economico-finanziario che attesta l'attività in una Regione che è il motore dell'Italia” – come nelle parole della stessa Moratti, riferite, ovviamente, alla Lombardia –, ad apparire in netto contrasto con l'art. 32 Cost., suscitando inevitabili polemiche. V., a riguardo, F. Florindi, *Cosa ha detto davvero Letizia Moratti su vaccino anti-covid e Pil. Sulle parole della vicepresidente lombarda è scoppiata una bufera*, 19 gennaio 2021, in AGI, www.agi.it. Peraltro, nella consapevolezza di non poter contare su di una disponibilità vaccinale tale da potere raggiungere tutta la popolazione e nello stesso periodo, il Comitato Nazionale per la Bioetica, *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, 27 novembre 2020, in *Comitato Nazionale per la Bioetica – Presidenza del Consiglio dei Ministri*, <http://bioetica.governo.it/italiano>, pp. 11, ha chiaramente affermato che “ogni scelta di distribuzione debba rifarsi al principio morale, deontologico e giuridico generale della uguale dignità di ogni essere umano e di assenza di ogni discriminazione e al principio morale integrativo dell'equità, principio sancito anche dalla Costituzione art. 3, che garantisce l'eguaglianza sostanziale quando si è di fronte a condizioni diseguali di partenza, con la considerazione di vulnerabilità per specifici bisogni”.

15 Come già osservato altrove [R. Fattibene, *Il carattere multidimensionale della povertà alla luce della pandemia*, in F. Niola, M. TuoZZo (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, cit., p. 206, nota n. 19, e Id., *Povertà e Costituzione*, cit., pp. 252, 253,

Ad ogni modo, un atteggiamento di eccessiva cautela nel tutelare la salute pubblica dal morbo, al fine di non deprimere eccessivamente le attività produttive, è destinato a ritorcersi su queste ultime, ove, proprio a causa di un eventuale, conseguente riacutizzarsi dell'epidemia, ci si veda costretti, nel seguito, a rafforzare le misure di contenimento, fino al *lockdown*. D'altro canto, la tutela di quelle attività potrebbe realizzarsi anche attraverso l'erogazione di sovvenzioni rapide e adeguate (seppure secondo criteri da individuarsi con ocularità¹⁶) alla loro sospensione. È proprio quest'ultima, infatti,

part. nota n. 647], il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020, in Comitato Nazionale per la Bioetica – Presidenza del Consiglio dei Ministri, <http://bioetica.governo.it/italiano>, p. 7, è intervenuto sulla questione, affermando che la priorità tra i pazienti andrebbe stabilita valutando per quali di questi il trattamento possa "ragionevolmente [...] risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza". Ha individuato, dunque, gli "indicatori", in base ai quali elaborare siffatta stima, individuandoli nell'appropriatezza clinica e nell'attualità. Il primo dei due concetti, in particolare, consistendo nella "valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione", è comprensivo, inevitabilmente, anche dell'età. Quest'ultima, però, costituisce "parametro che viene preso in considerazione in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica", non come parametro "unico" e neppure "principale". Non va adottato, dunque – intende attestare il CNB –, "un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente". In senso inverso si colloca la posizione della Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, in SIAARTI, www.siaarti.it. Esplicativa è, in particolare, la raccomandazione n. 3 – tra quelle espresse, in proposito, dalla Società –, per la quale «può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in TI [...], in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone». Nello stesso volume collettaneo citato in *incipit* di questa nota, v., sul tema, il contributo di E. Napolitano, *La dignità del sofferente: etica della cura e principi di razionamento. Diritto alla salute ed emergenza pandemica dall'abrogazione del Patient Protection and Affordable Care Act al documento della Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI)*, p. 263 ss., che peraltro è diversamente orientato.

- 16 L'“adeguatezza” è criterio di determinazione sicuramente non scontato. A. G. Lanzafame, *op. cit.*, p. 507 ss., delle misure di sostegno adottate dal Governo italiano per far fronte alla crisi economica provocata dall'emergenza pandemica, mette in luce “l'evidente irragionevolezza”, nonché la “disparità di tutela”, da quelle operata, in particolare, “tra lavoratori dipendenti a tempo indeterminato,

a consentire un più rapido arresto del contagio e, conseguentemente, una più celere ripresa dell'economia.

In ragione di questa reciproca e ontologica strumentalità, gli interessi in gioco, in tensione *oppositiva* fra di loro – da un lato, la salute, sia individuale sia collettiva, dall'altro, produttività e diritti fondamentali – non sono null'affatto *contrapposti*. L'opposizione non si risolve in contrapposizione, sciogliendosi, piuttosto, nell'unico fine del “benessere” della persona: il termine stesso, d'altro canto, si presta a significare tanto una condizione di buona salute, quanto quella di agiatezza economica.

È pur vero, però, che, nel momento in cui i provvedimenti tesi ad arginare l'epidemia agiscono, la loro portata è pressoché inversamente proporzionale. Per risultare efficaci, essi devono procedere, tanto a salvaguardia della salute (individuale e collettiva), quanto a limitazione della produttività (del singolo, come del Paese) o dei diritti e delle libertà costituzionali (dei cittadini). Il bilanciamento che deve operarsi tra i diversi interessi in gioco, infatti, come si accennava in *incipit*, deve confrontarsi con la caratteristica contagiosità dell'epidemia: tanto meno si arginano le “varie attività”, tanto più si rendono possibili incontri tra persone che, in ragione della detta modalità di trasmissione del virus, si traducono in occasione di veicolazione della malattia, dunque di lesione della salute, individuale e collettiva.

Il decisore pubblico – a cui tali provvedimenti competono – è dunque costretto ad un atteggiamento funambolico, costantemente in bilico, lungo il filo teso tra diversi presidi costituzionali¹⁷. In quale punto di esso debba collocare quelle sue disposizioni, così che, né si allenti troppo, né troppo ne rimanga tirato, è il dilemma che gli si para innanzi.

pubblici e privati, assistiti da un regime di piena tutela e tutti gli altri soggetti” (ivi, p. 508).

17 In particolare, tra l'art. 32 Cost., e gli artt. 4, 41 e 42 Cost., sul versante economico. Non solo l'iniziativa economica e la proprietà private rimangono investite dalla pandemia, ma anche lo stesso, fondativo, diritto al lavoro. È, infatti, la perdita di molteplici posizioni lavorative che la crisi conseguente alla pandemia ha determinato, maggiormente quelle già precarie e irregolari. Sul versante non economico, invece, il diritto alla salute, in emergenza pandemica, ha richiesto di essere bilanciato soprattutto con le libertà di circolazione, di riunione e di culto (artt. 16, 17 e 19 Cost.) e con i diritti sociali all'istruzione ed alla ricerca (art. 33 e 34 Cost.), che, nel loro complesso, risultano maggiormente stressati, in quanto si svolgono eminentemente in forma aggregata, esponendo, così, al contagio quanti li esercitano.

3. *L'apporto scientifico alle determinazioni politiche*

Quanto contribuisca all'arduo bilanciamento in parola il "portato della scienza" e se e in quale misura quest'ultima vincoli la decisione è questione ineludibile allorquando la salute sia, tra i valori costituzionali interessati, quello più immediatamente e gravemente aggredito dall'evento (in ipotesi, pandemico o epidemico).

Sembra potersi affermare, in risposta a tale interrogativo, che i soggetti istituzionali legittimati ad assumere le necessarie decisioni mantengono discrezionalità, rispetto alla posizione scientifica, nella misura in cui altri valori costituzionali – oltre quello della salute – risultano interessati¹⁸. In tal caso, infatti, spetterà al decisore politico la determinazione – e la responsabilità – di calibrare, attraverso le misure intraprese, la tutela della salute diversamente – in più o in meno – da quanto indicato dai tecnici.

"In meno", a tutela della regolarità delle attività produttive, della stabilità dei rapporti lavorativi, del godimento delle libertà e dell'esercizio dei diritti; "in più", ove l'incertezza scientifica richieda l'osservanza del principio di precauzione¹⁹ (per il quale, in buona sostanza, vanno tenuti in conto anche i rischi probabili e non certi²⁰) e, comunque, ogni qual volta appaia opportuno adottare misure rafforzate di salvaguardia della salute, per ragioni diverse da quelle medico-scientifiche.

Quanto "in meno" e quanto "in più" diviene, dunque, la questione; o, se si vuole, di quanta discrezionalità gode il decisore politico, rispetto alla valutazione scientifica, in questioni che riguardino la salute; oppure – ancora diversamente detto –, da quali soggetti e in quale misura vada svolto quel bilanciamento tra rischi che, in quanto tale, implica anche, necessariamente, un sapere tecnico-scientifico²¹.

18 Per una recente giudizio amministrativo – invero, ancora in fase interlocutoria –, che sembra cogliere il punto problematico di cui al testo, v., *infra*, nota n. 30.

19 A fronte della fallibilità della scienza, "la dimensione politica recupera terreno", osserva L. Buffoni, *La "dottrina" dello sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale. Il giusto procedimento di formazione ambientale*, in *federalismi.it*, n. 8, 2007, p. 12. Sul richiamato principio, v., *ex ceteris*, C. Iannello, *Note sul principio di precauzione*, in L. Chieffi (a cura di), *Implicazioni etiche delle ricerca biotecnologica*, in *Quad. bioetica*, N.s., n. 5, Sesto San Giovanni 2014, p. 233 ss.

20 Vuoi ad intendere quel principio quale regola per decidere, vuoi quale regola per procedere. V., sul punto, L. Del Corona, *op. cit.*, pp. 76, 77.

21 Come osserva G. Pitruzzella, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, 24 marzo 2020, in *Giustizia ins.*, p. 4, nel segnalare quanto più arduo sia il bilanciamento dei rischi rispetto a quello dei diritti, trattandosi "di fattori

In effetti, il livello *minimo* di tutela della salute non sembra poter precipitare al di sotto della soglia segnata dalla determinazione scientifica, ma debba, piuttosto, innalzarsi, in applicazione del principio di precauzione, qualora quella indicazione non fosse certa e univoca.

Se si assume “la scienza” quale parametro interposto di costituzionalità²², “il necessario rispetto del diritto fondamentale alla salute si traduce in un necessario rispetto delle risultanze scientifiche in campo medico”²³, compreso – non si ravvisa ragione per escludere quest’ipotesi – il caso in cui la salute sia aggredita da un’epidemia o pandemia. Similmente può dirsi per l’ipotesi in cui – non sussistendo le condizioni che consentano l’applicazione del più rigido criterio di “necessità scientifica” appena indicato²⁴ –

molto più indeterminati e incerti, poi perché la loro dimensione, la loro portata, il loro significato, i reciproci rapporti non possono essere definiti con gli strumenti del diritto”.

- 22 La tesi è sostenuta, in particolare, da C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, part. p. 8 ss., che, in questo, assume “la scienza” quale “letteratura medico-scientifica condivisa” (ivi, 8).

23 *Ibidem*.

- 24 Condizioni che C. Casonato, ivi, pp. 10, 11, ravvisa nell’applicabilità a leggi che incidano sul diritto alla salute ex art. 32 Cost., nella forte condivisione di cui i dati scientifici devono godere presso la relativa comunità e, ad ogni modo, nel bilanciamento tra quei dati scientifici con gli altri diritti, interessi e principi che rilevano nella situazione. Pare opportuno precisare che, secondo l’A., il criterio è da applicarsi nei giudizi di legittimità costituzionale volti a verificare il rispetto dell’art. 32 Cost., da parte di leggi il cui contenuto incida sul diritto alla salute. Tuttavia, poiché ciò significa che il criterio *de quo* dovrebbe essere, prim’ancora, rispettato dal legislatore nella formulazione della legge, sembra logico invocarne l’applicazione anche nel caso in esame. Si tratta, infatti, dell’assunzione di decisioni politiche, di gestione di una fase pandemica, che vanno pur sempre tradotte in un atto di legge o avente forza di legge, com’è, per l’appunto, il caso dei vari decreti legge emanati dal nostro Governo e che, com’è noto, hanno rinviato la definizione delle misure di contenimento a successivi dd.P.C.M. Come anticipato in *Premessa*, questi atti non sono oggetto delle presenti riflessioni, ma s’intende comunque indicare, in questa nota, alcuni scritti sul tema, tra i copiosi con i quali la dottrina ha trattato di quei dubbi provvedimenti. Particolari perplessità hanno suscitato i dd.P.C.M. emanati in base al d.l. n. 6/2020, recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19”, per l’eccessiva genericità delle norme in questo contenute. La situazione è stata, poi, sostanzialmente superata dall’adozione del d.l. n. 19/2020, “in cui si ritrova, ad esempio, la formula ‘adeguatezza e proporzionalità’ in relazione al ‘rischio effettivamente presente’ (cfr. art. 1, co. 2; i.e. una *excusatio non petita*?)”, come osserva R. Di Maria, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di Covid-19: una questione non soltanto di “principio”*, in *Dir. reg.*, n. 1, 2020, p. 515, nota n. 21. In tema, cfr. anche B. Caravita, *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana, in federalismi.it*, n. 6, 2020. Più

trovi applicazione quello della ragionevolezza scientifica nella produzione legislativa²⁵, come consolidato nella giurisprudenza costituzionale²⁶.

-
- ampiamente, ci si è chiesti quale sia la fonte del diritto prodotto “nella e per la” emergenza pandemica: per le diverse opinioni espresse in proposito, v., in particolare, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020, p. 109 ss.; V. Baldini, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, p. 1280 ss.; A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, nel già richiamato *Special Issue*, n. 1, 2020, della “*Riv. BioDir.*”, p. 95 ss. S. Prisco, in S. Prisco, F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, 24 marzo 2020, in *federalismi.it*, *Osservatorio emergenza Covid-19*, p. 5, in particolare, ritiene che, a partire dal d.lg.vo n. 1/2018 (il testo unico sulla protezione civile), legittimato l'operato del Governo attraverso il ricorso al decreto-legge, in Italia strumento tradizionale di fronteggiamento di casi di straordinaria necessità e di urgenza, ex art. 77 Cost., sia stato “adattato in concreto alla disciplina della specifica situazione lo schema giocoforza flessibile dei ‘poteri necessari per lo stato di guerra’, ex art. 78 (ma mancando una formale deliberazione parlamentare autorizzativa a monte, che sarebbe stata invece necessaria)”, sul quale l'A. richiama M. Scudiero, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli 1969.
- 25 C. Casonato, *op. cit.*, p. 10, precisa che il principio della ragionevolezza scientifica trova applicazione più estesa rispetto alla teoria del parametro scientifico interposto, alla quale è possibile ricorrere “solo nella verifica della costituzionalità delle leggi che incidono sul contenuto riconducibile al diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost.”.
- 26 Ci si riferisce, in particolar modo, alle sentt. Corte cost. nn. 282/2002, 151/2009, 162/2014, e alla più risalente sent. Corte cost. n. 185/1998, relativa alla cd. “multiterapia Di Bella”, sulla quale v. A. Iannuzzi, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in *Riv. Gruppo Pisa*, n. 1, 2017, p. 22. Può dirsi che, con queste pronunce, la Corte costituzionale abbia accolto “un inedito principio di ragionevolezza scientifica, in base al quale il legislatore non può interferire nel contenuto concreto delle scelte terapeutiche sulla base di valutazioni derivanti esclusivamente dalla propria discrezionalità politica, ma esclusivamente in quanto sia orientato dalle evidenze scientifico-sperimentali e dalle opinioni di organi tecnico-scientifici”, come osserva S. Penasa, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2009, p. 831. In merito, con specifico riguardo alla sent. Corte cost. n. 162/2014, dichiarativa dell'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, nel caso sia accertata l'esistenza di una patologia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, ed “atto di definitiva emersione” (p. 2) del principio di ragionevolezza nella dimensione *de qua*, v., dello stesso A., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost. Rass.*, n. 6, 2014. Sempre in tema, ma con riferimento all'emergenza pandemica in corso, v. L. Del Corona, *op. cit.*, p. 71 ss., che ha modo di considerare, in proposito, anche pronunce della Corte costituzionale successive a

Diversamente, invece, deve concludersi ragionando del *massimo* livello di tutela della salute dovuto, dal decisore, nelle circostanze in considerazione, in quanto tale determinazione deve confrontarsi con la rilevanza costituzionale di altri interessi.

Da ultimo, forniscono riscontro a questa necessità la legge sul fine-vita, come la – in qualche modo correlata – sentenza costituzionale sull'aiuto al suicidio²⁷. Entrambe concludono, ora nel bilanciamento operato dal legislatore, ora in quello delineato dal Giudice delle leggi, nello scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., la perdita di un'aurea di assoluta prevalenza dei beni della vita e della salute, rispetto, in particolare, al principio della dignità umana e al diritto all'autodeterminazione.

Purtuttavia, non sembrano – entrambe – prestarsi ad un preciso parallelo con l'ipotesi, in esame, di un evento pandemico, il quale coinvolge, per definizione, la salute pubblica²⁸. Esse s'incardinano, piuttosto, sulla salute e l'autodeterminazione individuali, nonché sulla dignità del singolo (*rectius*: sull'idea di dignità che ognuno assume riguardo alla propria morte²⁹), la vita di cui si tratta è, dunque, quella dello stesso soggetto che si autodetermina a porvi fine, in una maniera o nell'altra.

-
- quelle citate in materia di PMA, quale la sent. Corte cost. n. 274/2014, sul cd. caso Stamina, e la sent. Corte cost. n. 5/2018, in materia di prevenzione vaccinale.
- 27 Ci si riferisce, rispettivamente, alla legge n. 219 del 2017, recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, e alla sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019.
- 28 Di diverso avviso è V. Baldini, *op. cit.*, p. 1286, ritenendo che, ad ogni modo, “la prevalenza assoluta del diritto alla vita si configuri piuttosto come risvolto di un’etica dei costumi sociali in declino anche nelle società occidentali democratiche”.
- 29 Si riporta, in proposito, un passaggio dell’ord. Corte cost. n. 207/2018 – di rinvio, com’è noto, all’udienza del 24 settembre 2019 per la trattazione della sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. –, riferentesi ad “ipotesi nelle quali l’assistenza di terzi nel *porre fine alla sua vita* può presentarsi al malato come l’unica via d’uscita per sottrarsi, *nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona*, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, secondo comma, Cost.” (corsivi nostri; punto 8 del *Considerato in diritto*). La stessa ordinanza, al successivo punto 9 del *Considerato in diritto*, argomenta che, se “il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l’obbligo di rispettare la decisione del malato di *porre fine alla propria esistenza* tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari [...] non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all’accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla *propria idea di morte dignitosa* – conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale” (corsivi nostri).

La pandemia, al contrario, “confonde e fonde” la salute individuale e quella pubblica: preservare la salute del singolo – limitandone comportamenti a rischio di contrarre il virus (dunque, libertà e diritti, anche a rilevanza costituzionale, di cui egli è titolare) – equivale a preservare la salute degli altri dal possibile contagio proveniente da quell’uno – e viceversa –. Altrimenti detto, le restrizioni alle libertà dell’individuo sono poste, sia a tutela della sua stessa salute, sia di quella della comunità: la prevalenza delle prime (le libertà dell’individuo) su quest’ultima (la salute collettiva) è, pertanto, ipotesi più dubbia rispetto a quella che abbiano a prevalere, invece, sulla salute dello stesso individuo, in quanto questi così ha voluto e richiesto (come accade, per l’appunto, con le disposizioni anticipate di trattamento e con il suicidio assistito).

Non è pacifica, d’altro canto, neppure l’ipotesi contraria: che la tutela della salute pubblica debba prevalere su quella individuale, soprattutto ove questa venga in rilievo nella forma più originaria di “assenza di malattia”, come un recente giudizio amministrativo – pur ancora non giunto a conclusione – ha rimarcato. Questo ha rimesso – così, almeno, sembrerebbe allo stato attuale del processo – alle evidenze scientifiche la decisione da prendersi nel caso³⁰. La stessa questione della obbligatorietà o meno del vaccino

30 Ci si riferisce all’ord. T.A.R. Lazio, Sez. I, 4 dicembre 2020, pronunciata su ricorso n.r.g. n. 9122/2020, che ha ritenuto carente il bilanciamento operato dall’Amministrazione, con il d.P.C.M. del 3 novembre 2020, “tra il diritto fondamentale alla salute della collettività e tutti gli altri diritti inviolabili, parimenti riconosciuti e tutelati dalla costituzione, fra cui primariamente il diritto alla salute dei minori...”. Proprio tale ultimo diritto era riguardato dal caso, consistente nel malessere fisico accusato da un minore (precisamente, fenomeni di difetto di ossigenazione, durante l’orario scolastico), a seguito del prolungato utilizzo della mascherina, quale dispositivo di protezione individuale. Questo, infatti, è imposto, dal suindicato d.P.C.M., nelle aule scolastiche, per i bambini tra i 6 e gli 11 anni, anche al banco e nonostante l’osservanza di un sufficiente distanziamento rispetto agli altri occupanti il luogo. Il Collegio ha rinviato ogni decisione al merito (per la trattazione del quale è stata fissata l’udienza pubblica del 10 febbraio 2021), in ragione della numerosità e complessità delle questioni ad affrontarsi, comprese quelle, pure prospettate, di legittimità costituzionale del decreto. Ciò che più rileva, ai fini della decisione che il giudice amministrativo dovrà pronunciare, sembra essere, però, la disposta acquisizione, da parte dell’Amministrazione, di “copia dei verbali nn. 122 e 123 delle sedute del 31 ottobre e del 3 novembre 2020 e n. 124 della seduta dell’8 novembre 2020, del Comitato tecnico-scientifico nonché una sintetica relazione in cui si chiariscano le *evidenze scientifiche*, poste alla base dell’imposizione dell’uso della mascherina anche ai bambini di età ricompresa fra i 6 e gli 11 anni, anche durante l’orario scolastico, basate su specifica istruttoria sulla ‘situazione epidemiologica locale’ di ciascuna regione, sul ‘contesto socio-culturale’ in cui i bambini vivono, come suggerito dal CTS nel verbale n.

appartiene a questo “rapporto” tra tutele di diverse dimensioni soggettive della salute: in particolare, se un (pur) potenziale rischio per quella individuale, connesso ad una inoculazione vaccinale (i vaccini messi a punto per contrastare l'epidemia da Covid-19, essendo stati sperimentati in tempi particolarmente accelerati, hanno ingenerato, nella popolazione, dubbi circa la loro assoluta affidabilità³¹), possa essere imposto, comprimendo il diritto del singolo all'autodeterminazione, al fine di tutelare quella pubblica, mediante il raggiungimento della soglia di copertura vaccinale atta a garantire la cd. immunità di gregge³².

104, dalle quali possa ritenersi scongiurato il pericolo che si verifichi un calo di ossigenazione per apparati polmonari assai giovani, causato dall'uso prolungato della mascherina, o che vi siano ricadute di tale imposizione sulla salute psico-fisica dei minori in una fase della crescita particolarmente delicata” (i verbali di cui viene richiesta copia sono stati richiamati dalla memoria difensiva, depositata dalle Amministrazioni intimato, nel costituirsi in giudizio).

- 31 Per i dubbi diffusi circa la sicurezza dei vaccini, almeno i primi in arrivo in Italia, cfr., per tutti, E. Dusi, *Il vaccino sarà sicuro? Tutte le precauzioni prese in vista della campagna di immunizzazione*, 20 novembre 2020, in *la Repubblica*, www.repubblica.it. Anche al Comitato Nazionale per la Bioetica, *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, 27 novembre 2020, in *Comitato Nazionale per la Bioetica – Presidenza del Consiglio dei Ministri*, p. 14, non sfugge che, a causa della “rapidità imposta dall'urgenza, le nostre conoscenze su rischi e benefici dei vaccini possono essere incomplete”. Tuttavia, anche in queste condizioni, la comunicazione rivolta ai cittadini deve essere chiara e trasparente, la qual cosa comporta la necessità, “per ogni tipo di vaccino proposto, [di] conoscere tutti i dati disponibili, da quelli sull'efficacia a quelli sul rischio, dati che dovranno essere verificati, aggiornati e comunicati tempestivamente”. Il 14 dicembre 2020, l'Agenzia Italiana del Farmaco, in accordo con il Ministero della Salute e col Commissario Straordinario per l'emergenza Covid-19, ha istituito il Comitato Scientifico per la sorveglianza *post-marketing* dei Vaccini Covid19, destinato a fungere da “punto di riferimento per il Sistema sanitario nazionale per garantire una sorveglianza attiva sulla sicurezza di tutti i vaccini Covid-19 che arriveranno in Italia” (dal Comunicato AIFA n. 616, *L'AIFA istituisce il Comitato Scientifico per la sorveglianza dei vaccini Covid-19*, del 15 dicembre 2020).

- 32 La Corte costituzionale si è pronunciata, nel 2018, con la sentenza n. 5, sulla questione dell'obbligatorietà dei vaccini. In specie, essa ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Veneto nei confronti del d.l. n. 73/2017, recante “Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale”, che ha esteso il numero dei vaccini obbligatori per i minori di sedici anni, prevedendo sanzioni amministrative pecuniarie e il divieto di accesso ai servizi educativi per l'infanzia, per il caso di mancato adempimento. Nella pronuncia, essenzialmente si afferma che la discrezionalità e la connessa responsabilità politica degli organi di governo in materia “deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [...], e delle *acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica...*” (punto 8.2.1 del *Considerato*

L'esigenza di "misurare" il pur fondamentale diritto alla salute con altri e diversi beni rimane, in realtà, ben stagliata nella sentenza sul cd. caso Ilva – la n. 85 del 2013 –, quando assume "un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi", quale espressione propria delle Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee. Nessuno dei diritti fondamentali ivi tutelati può dunque espandersi al punto da divenire "'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"³³. Come già affermato dalla Corte in una precedente sentenza, a tali diritti si deve dunque sempre apprestare una tutela "sistemica"³⁴. Sicché, "il punto di equilibrio" tra di essi dev'essere individuato, dal legislatore, nelle norme, in maniera da escludere, per ciascuno, che ne venga sacrificato il "nucleo essenziale"³⁵.

Né l'aver definito, da parte della stessa Corte, nell'ord. n. 365/1993, come "primari" i valori dell'ambiente e della salute vale ad incrinare questo caposaldo delle Costituzioni contemporanee, per rimarcare, piuttosto, la non (totale) sacrificabilità di quei beni a vantaggio di altri interessi. Più in particolare, nella stessa pronuncia si afferma che "l'aggettivo 'fondamentale'", di cui all'art. 32 della Costituzione, non è rivelatore "di

in diritto; corsivi nostri). Su questa pronuncia, v. M. Tomasi, *Lo stato dell'arte sugli obblighi vaccinali all'indomani della sentenza costituzionale n. 5 del 2018*, in *St. iuris*, n. 7-8, 2018, p. 819 ss.; per uno scenario comparato, v. S. Penasa, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2018, p. 47 ss.; sull'importanza dell'obbligo vaccinale, cfr. R. Bin, *I vaccini tra Costituzione e propaganda elettorale. La lezione di Pinocchio*, 23 gennaio 2018, in *lacostituzione.info*, www.lacostituzione.info. Ancor prima, la Corte si era pronunciata sul diritto alla salute individuale rispetto all'obbligo vaccinale per l'ipotesi di effetti collaterali dell'inoculazione, dichiarando, con la sentenza n. 307 del 1990, l'illegittimità costituzionale della l. n. 51/1966, nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica da essa disposta. Con la sentenza n. 118 del 2020, il diritto all'indennizzo del singolo è stato esteso al caso di vaccinazioni non obbligatorie, ma raccomandate, riposando esso "sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà", indipendentemente dal carattere obbligatorio o raccomandato del trattamento sanitario di cui si tratta.

33 Sent. Corte cost. n. 85/2013, punto 9 del *Considerato in diritto*.

34 Punto 4.1 del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012, richiamata dalla sentenza in parola.

35 Ancora sent. Corte cost. n. 85/2013, punto 9 del *Considerato in diritto*.

un 'carattere preminente' del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona"³⁶.

Conviene pure ricordare – a supporto della possibilità e della necessità di un "dimensionamento" del diritto alla salute rispetto ad altri interessi costituzionalmente protetti –, che esso, sebbene nella sua dimensione sociale e non di libertà, dunque quale diritto di prestazione, per consolidata giurisprudenza costituzionale³⁷, rimane condizionato anche dalla sostenibilità finanziaria. Va dunque soddisfatto con gradualità e in coerenza con le disponibilità di bilancio³⁸, sebbene non si possa mai deprimere quella soddisfazione al di sotto della soglia del "*contenuto minimo essenziale*" del diritto fondamentale³⁹ (quale esso è), come affermato, con nettezza, in particolare nelle pronunce più recenti in materia⁴⁰.

Può dirsi, dunque, come si evince soprattutto da una lettura unitaria dei due richiamati interventi della Corte costituzionale (la sentenza del 2013 e l'ordinanza del 1993), che è al decisore politico che spetta operare un bilanciamento, tra i diversi e forse anche opposti valori della Costituzione repubblicana, nelle materie attinenti al diritto alla salute e alle scienze della

36 Questo passaggio della sent. Corte cost. n. 85/2013, come gli altri a cui si è fatto riferimento, è tratto dal punto 9 del *Considerato in diritto*.

37 V., part., sent. Corte cost. n. 455/1990, intorno alla quale, in dottrina, E. Ferrari, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Reg.*, n. 5, 1991, p. 1513 ss.; F. Minni, A. Morrone, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2013, p. 8 ss.; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali, relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2013, p. 8 ss.; D. Tega, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 2, 2014, p. 303; D. Morana, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amm. in camm.*, 2015. Cfr. pure le successive sentt. Corte cost. nn. 247/1992, 218-304/1994, 416/1995, 27-185-267/1998, 309/1999, 509/2000, 432/2005.

38 Vale a dire, "sotto la "riserva del possibile"", secondo l'espressione a cui ricorre M. Luciani, voce *Salute. I) Diritto alla salute – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Istituto Treccani, Roma 1992, p. 9.

39 Come lo definisce C. Panzera, *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale. Atti del Convegno annuale svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009*. Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Lecce, 19-20 giugno 2009, Torino 2010, p. 60.

40 Significativa, in tal senso, è, in specie, la sent. Corte cost. n. 62/2020, per la quale, come si legge al punto 4.3 del *Considerato in diritto* (che pure riprende e generalizza un passaggio della sentenza n. 275 del 2016), "una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo [il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, esso] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali".

vita, pure rispetto alle valutazioni scientifiche fornite a riguardo. Ciò comporta anche, com'è stato osservato, che “il diritto torna in gioco”⁴¹, sotto forma di necessaria e complessa opera di mediazione, nell'ambito di un contesto in cui pure sussiste il rischio di una sua soggezione alla scienza⁴².

4. *Effettività, applicabilità e controllabilità della norma, quali elementi di un corretto bilanciamento*

Il bilanciamento tra valori nella situazione considerata, già complesso per quella che si è detta essere la loro circolarità, rimane conformato anche dai caratteri delle norme adottate allo scopo di arginare il contagio.

L'effettività ne è, forse, il più rilevante. Il mancato rispetto delle misure di contenimento, infatti, in caso di epidemia, non determina solamente la generalizzata inosservanza della norma. Quest'ultima provoca, a sua volta, l'aumentata diffusione del virus, rimasto, così, sostanzialmente privo del suo principale “freno” (unico, anzi, ove si fosse ancora sprovvisti di un vaccino). Conseguenza, questa, evidentemente, di enorme gravità.

Ai fini dell'accettazione della norma dalla più parte dei consociati, in cui sostanzialmente consiste il carattere in parola⁴³ — soprattutto quando regolamenti questioni pervase da un elevato grado di tecnalità e, al contempo, richieda

41 Come osserva A. Iannuzzi, *op. cit.*, p. 32.

42 Sotto forma, ad esempio, di deferenza del primo alla seconda, che “può condurre fatalmente ad una inevitabile compressione dello spazio di apprezzamento del giudice”, come ancora A. Iannuzzi, *ibidem*, p. 32, considera. Più ampiamente, sul rapporto tra scienza e giustizia, v. L. Chieffi, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, n. 7, 2017, p. 2 ss.; sul piano comparato, circa il rapporto tra scienza e legislazione, v. S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Università degli Studi di Trento, Collana della Facoltà di Giurisprudenza, n. 4, 2015, part. p. 86 ss.

43 Capacità delle norme “ad essere concretamente osservate da coloro cui si dirigono così da ottenerne un'obbedienza media”, lo definisce C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Cedam, Padova 1975, p. 8. “Tenendo conto delle varie, particolari dottrine”, P. Piovani, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Istituto Treccani, Roma 1965, versione digitale, definisce l'effettività come “il principio, o criterio, in base a cui si considera legittimamente costituita la comunità politica nella quale esiste un governo che, per un periodo di tempo prolungatosi senza soluzione di continuità, esercita organicamente uno stabile, palese potere, realmente obbedito dalla maggior parte dei soggetti viventi nell'ambito della comunità medesima”.

imponenti sacrifici, come senz'altro sono le limitazioni delle libertà costituzionali – appaiono necessarie, preminentemente, chiarezza e trasparenza⁴⁴.

Occorre una comunicazione pubblica, circa le *rationes* delle norme *de quibus* e le condizioni della loro applicazione, che sia particolarmente comprensibile e franca⁴⁵; soprattutto ove le ragioni siano di carattere tecnico e specificamente medico-scientifico e le condizioni variegate e minuziose⁴⁶. Non meno, occorre trasparenza, circa i procedimenti seguiti e le partecipazioni tecniche occorre: “le limitazioni delle nostre libertà e quindi le scelte su come gestire i rischi”, in tali ipotesi, “dovranno essere collocate all'interno di un processo decisionale in cui sia istituzionalizzato e ben visibile il ruolo degli scienziati e degli esperti”⁴⁷.

Alla chiarezza della comunicazione, anche ai fini dello spontaneo rispetto della norma – l'aspetto che qui si sta considerando – sono, in parte, riconducibili anche collaborazione e coordinamento istituzionale, orizzon-

44 È quanto si richiede anche e soprattutto per quella che si prospetta come la più grande campagna vaccinale del mondo, volta, appunto, a contrastare la pandemia da Covid-19. Il Comitato Nazionale per la Bioetica, *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, cit., pp. 13, 14, considera “premessa indispensabile affinché alla pianificazione della distribuzione consegua un'auspicabile accettazione della vaccinazione da parte dei cittadini, [...] un'adeguata informazione e comunicazione. La comunicazione ai cittadini deve essere trasparente, chiara, comprensibile, consistente e coerente, basata su evidenze e dati scientifici. Una comunicazione non propagandistica, non paternalistica, che non lasci margini di incertezza, indicando i benefici attesi e i rischi”.

45 Sull'“oscurità” dei proclami governativi e sul “barocchismo” di cui si sono rivestiti i decreti, in fase di pandemia, v. S. Cassese, *Coronavirus, il dovere di essere chiari*, in *Corriere della Sera*, del 23 marzo 2020.

46 A. D'Aloia, *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, cit., p. 16, non solo osserva, in via generale, che “la filiera normativa” prodotta in Italia, al fine di regolare le varie fasi della pandemia, “ha assunto dimensioni colossali, difficilmente catalogabili”, ma ricorda anche uno dei punti più “oscuri” della relativa comunicazione istituzionale. Varie sono state le anticipazioni di provvedimenti, rispetto alla data della loro entrata in vigore, atti, pertanto, a provocare “conseguenze pericolose sul piano della stessa efficacia delle misure adottate”. La più deplorabile determinò la “fuga” dalla stazione di Milano la sera di sabato 7 marzo”. Scene, quelle, commenta altrove l'A. (*Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, cit., p. 8), che “hanno dato davvero l'impressione di un diritto e di una politica che non sono andati semplicemente a rimorchio della paura, ma che hanno creato paura e disorientamento, con un misto di improvvisazione e di pressappochismo...”.

47 G. Pitruzzella, *op. cit.*, p. 5. L'A. non manca di considerare che un sindacato giurisdizionale che si espliciti sui processi seguiti per addivenire a determinate scelte circa i rischi per la salute sarebbe caratterizzato da maggiore attendibilità rispetto ad uno che abbia ad oggetto direttamente quelle scelte (ivi, p. 4).

tale e verticale. Questi corrono, principalmente, su di un piano sostanziale, di definizione dei contenuti delle disposizioni, e procedimentale, vale a dire dei rapporti tra istituzioni ed enti, *in primis* tra Stato e Regioni e tra queste ultime⁴⁸. Indubbiamente, però, contribuiscono anche alla chiarezza della norma, scongiurando sovrapposizioni e, ancor più, giustapposizioni, particolarmente pericolose nel quadro che si sta considerando⁴⁹.

Una comunicazione schietta e lineare, inoltre, è in grado di stimolare e meglio orientare anche quelle regole sociali che costituiscono il connettivo della collettività, nel senso della tenuta dell'assetto di valori da questa condiviso e posto a base della struttura statuale. Esse, pertanto, rappresentano anche il sostrato di consenso all'intervenuta regola ordinamentale, facilitandone l'effettività e l'adattamento alle concrete situazioni di vita, individuale e comunitaria⁵⁰.

Pure l'applicabilità della norma è aspetto che merita di contribuire alle scelte del decisore politico, il quale, a tal fine, non può mancare di cono-

48 In punto di collaborazione Stato-Regioni, nella pandemia in corso, v., da ultimo, A. Saporito, *Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020, p. 870 ss.

49 Sul travagliato rapporto tra norme statali e regionali delineatosi in quest'emergenza, L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, n. 1, 2020, p. 21, osserva che talune Regioni "sono ricorse ad un inappropriato esercizio dei poteri d'eccezione, per una male intesa interpretazione dei propri ambiti di autonomia", adottando ordinanze che, "con l'intento di evitare ogni forma di aggregazione in luogo pubblico o privato, hanno introdotto sul proprio territorio misure restrittive", anche di libertà costituzionali. "Inevitabile", di conseguenza, il "contrasto" di queste "con gli indirizzi in precedenza dettati dal Governo che avrebbero voluto circoscrivere, in un primo momento, questi provvedimenti cautelari soltanto ai territori che risultavano maggiormente colpiti dalla diffusione del virus". Sul tema, v. anche U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quad. cost. Rass.*, n. 1, 2020, p. 457 ss.; M. Betzu, P. Ciarlo, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Riv. BioDir., Special Issue*, n. 1, 2020, p. 201 ss.; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 109 ss.; D. Mone, *Il Covid-19 in Italia: salute e altri diritti fondamentali fra potere di ordinanza statale e regionale*, in *DPER online*, n. 1, 2020, p. 100 ss.; G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, 4 ottobre 2020, in *Unicost.*, www.unicost.eu.

50 Sull'importanza delle regole sociali (di prudenza) durante una fase pandemica, cfr. V. Baldini, *op. cit.*, p. 1287. L'A. peraltro osserva che "la disciplina giuridico-positiva – con la minaccia della sanzione – si pone, in ultima analisi, come risolto della supremazia del principio di autorità su quello della libertà. Tale disciplina", nel contesto emergenziale pandemico, "rivela, in definitiva ed implicitamente, un senso di sfiducia nella forza regolatrice della prassi sociale surrogandola – per così dire – nell'effetto ordinatore con quella del diritto positivo" (*ibidem*).

scenza del reale, da cui dipende la fattibilità delle previsioni⁵¹. Neppure può ignorare le differenti condizioni in cui versano le varie aree del Paese, che si prestano a determinare una diversificazione di quelle disposizioni, in applicazione della versione più genuina del principio di sussidiarietà⁵².

51 Non si è dimostrato affatto realizzabile in sicurezza – come, d'altro canto, era facile prefigurarsi –, ad es., lo svolgimento delle attività di ballo, nelle discoteche, ove riaperte dai Presidenti delle Regioni, conformemente al d.P.C.M. dell'11 giugno 2020. Questo, infatti, all'art. 1, lett. m), disponeva: “Restano comunque sospese le attività che abbiano luogo in sale da ballo e discoteche e locali assimilati, all'aperto o al chiuso...”; ma continuava: “Le regioni e le province autonome, in relazione all'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori, possono stabilire una diversa data di ripresa delle attività, nonché un diverso numero massimo di spettatori in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi”. Risalgono, peraltro, agli stessi giorni le “Linee guida per la riapertura delle Attività Economiche, Produttive e Ricreative”, relative al “Nuovo coronavirus SARS-CoV-2”, nelle quali la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome prevedeva, tra l'altro, che gli utenti delle discoteche debbano “indossare la mascherina negli ambienti al chiuso e all'esterno tutte le volte che non è possibile rispettare la distanza interpersonale di 1 metro”; inoltre, che l'attività di ballo, in ispecie, “può essere consentita esclusivamente negli spazi esterni (es. giardini, terrazze, etc.)”. Platealmente riscontrato il mancato rispetto delle suddette regole di condotta, abbassatasi, nel mese di luglio, l'età media degli infettati, fino a raggiungere in maniera preoccupante anche i minori, (solamente) il 16 agosto 2020, il Ministro della Salute ha adottato un'ordinanza con la quale sono state “sospese, all'aperto o al chiuso, le attività del ballo” e si è previsto, questa volta, che le Regioni potessero “introdurre ulteriori misure solo in termini più restrittivi”. Cfr., per la cronaca del periodo sulla vicenda riportata, F. Q., *Fase 3, discoteche aperte il 15 giugno. Si balla solo all'aperto e a 2 metri di distanza: le regole*, in *Il Fatto quotidiano*, del 10 giugno 2020; B. Manca, *Il virologo Pregliasco: “Discoteche estive? Riaprirle è stato un compromesso. La movida è tra i fattori di rischio di una seconda ondata”*, in *Il Fatto quotidiano*, dell'11 agosto 2020; P. Gomez, *Le discoteche vanno chiuse. O potremmo rimpiangerlo presto*, in *Il Fatto quotidiano*, del 14 agosto 2020; G. Criaco, *Discoteche, chiuderle è un atto di responsabilità politica. Questa è democrazia*, in *Il Fatto quotidiano*, del 14 agosto 2020; F. Q., *Si balla senza distanziamento né mascherine: ecco la notte di Ferragosto delle discoteche italiane. I video dalla Riviera Romagnola al Salento*, in *Il Fatto quotidiano*, del 16 agosto 2020; M. Palombi, *Si richiude: ferme tutte le discoteche, la mascherina sarà obbligatoria di sera*, in *Il Fatto quotidiano*, del 17 agosto 2020; F. Q., *Linus sulle discoteche: “Quale imbecille ha pensato che potessero aprire senza assembramenti? I ragazzi hanno altri modi per divertirsi”*, in *Il Fatto quotidiano*, del 17 agosto 2020; A. Conti, *Gabry Ponte: “Qualche discoteca ha voluto far cassa senza scrupoli. Dovevo fermare la musica per dire io ai ragazzi di mettere la mascherina”*, in *Il Fatto quotidiano*, del 19 agosto 2020.

52 La diversa resilienza dei sistemi sanitari regionali nel far fronte alla pandemia da Covid-19, ad es., ha motivato alcuni Presidenti di Regione a fissare, per i cittadini

Similmente può dirsi per la possibilità che la norma sia sottoposta ad un controllo efficace. Nel delineare le misure più opportune, va tenuto conto, infatti, anche dell'effettiva disponibilità di forza pubblica che sarà possibile impegnare nel controllo del loro rispetto⁵³. È evidente che, tanto più le disposizioni consentono, in termini di possibilità di circolazione e di compimento di attività – ma secondo regole ben precise e minuziose, volte a ridurne o annullarne la pericolosità –, tanto maggiore dovrà essere la possibilità – pressoché capillare – di verificarne l'esatta ottemperanza, pena la diffusione del contagio oltre (o ben oltre) la percentuale di rischio considerata (anche scientificamente) accettabile. Peraltro, condotte trasgressive – che siano imputabili a “mera” irresponsabilità⁵⁴ o indotte da una produzione normativa di scarsa intellegibilità, troppo rapidamente mutevole o eccessivamente diversificata per ambito territoriale di applicazione –, pur se, ad un dato momento, individuate e sanzionate, per il tempo in cui sono state poste in essere, hanno già dispiegato la loro potenziale pericolosità per la salute pubblica.

5. In conclusione

-
- residenti nei territori di competenza, limitazioni più severe di quelle disposte dal Governo, onde evitare un aggravio, dovuto ad un maggior numero di infettati, che quei sistemi non sarebbero stati in grado di sopportare. In questo senso, D. Mone, *op. cit.*, p. 7, che richiama, in proposito, l'applicazione del principio di precauzione.
- 53 Sul punto, v. D. Mone, *ibidem*, che prende in considerazione alcuni divieti disposti dai dd.P.C.M., adottati, in Italia, durante la prima fase della pandemia (in base al d.l. n. 6/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 13/2020), quali il divieto di circolare con componenti del nucleo familiare, il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione entro un certo raggio di distanza, così come quello di correre ugualmente oltre un certo raggio di distanza dalla propria abitazione o di correre *tout court*. Sebbene possano apparire, “*prima facie*, irrazionali e sproporzionati”, l'A. osserva che, “tuttavia, l'adozione di queste misure può risultare ragionevole in considerazione, ad esempio, della disponibilità di forze dell'ordine cui andrebbe assegnato il compito di verificare il rispetto della normativa”. Cfr. anche, per la cronaca, M. Ludovico, *Coronavirus, l'incertezza dei controlli sulle regole del governo*, in *Il sole 24 ore*, www.ilsole24ore.com, 7 marzo 2020.
- 54 Evitare questo tipo di comportamenti potrebbe essere stato il motivo di alcune restrizioni, adottate dal Governo italiano, altrimenti eccessive e sproporzionate. O. Chessa, *op. cit.*, ritiene che, “in via precauzionale”, potrebbe essere parso “opportuno inoculare nella psicologia collettiva un atteggiamento di massima prudenza, spingendo le persone ad astenersi da molte cose, anche da quelle che non arrecano danno, nella speranza che così siano naturalmente portate a evitare pure le condotte che invece il danno lo provocano. Alla fine”, conclude l'A., “è questa la vera *ratio* che sta alla base della sospensione di molti diritti costituzionali. Si vieta 100 per ottenere il 60 o 70 che serve”.

Dalle pur brevi riflessioni svolte, sono emersi molteplici “fattori”, di diversa natura e di non scontata determinazione, che, in un contesto così altamente emergenziale quale quello assunto, devono essere oggetto di oculata considerazione nel formulare i relativi provvedimenti, nonché nella veicolazione dei loro contenuti normativi.

Di questi, la valutazione medico-scientifica, per quanto imprescindibile e fondamentale, in ragione della natura pandemica dell'emergenza considerata, rappresenta, pur sempre, una (soltanto) dei plurimi elementi da bilanciare. Piuttosto, è proprio la caratura tecnica della situazione considerata a conferire particolare rilevanza alle variabili che tali non sono. Queste ultime, infatti, imponendosi con pari urgenza alla valutazione del decisore politico, al momento della determinazione delle regole, contribuiscono ad una migliore perimetrazione della valenza del dato scientifico, calandone la tipica neutralità e obiettività nella molteplicità e nella sfuggevolezza delle dinamiche del reale.

Sembra riproporsi, infine, quell'osservazione da cui ha preso le mosse la presente riflessione: varie sono le sfaccettature dell'idea di salute, molte delle quali non rapportabili all'assenza di una malattia, bensì a tutt'altre condizioni della quotidianità. Anche queste ultime vanno dunque tutelate in via normativa, non meno delle prime. È al decisore politico che spetta la delicata operazione di bilanciamento tra questi vari “interessi” della vita, necessariamente accollandosene la correlata responsabilità, che potrà essere fatta valere in sede politica, indi elettorale⁵⁵.

55 Ritieni A. Patroni Griffi, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. De Minico, M. Villone (a cura di), *Stato di diritto emergenza tecnologia*, Collana di studi di *Consulta OnLine*, n. 2, 2020, p. 47, che, in particolare ove ci si trovi “in ambiti di questioni scientifiche controverse, con i relativi dilemmi etici e politici”, spetti “alla politica, per conseguenza, intervenire e sapere regolare. Di qui anche il tema, anche politologico, della crisi della rappresentanza, che riguarda eletti ed elettori, e della cattiva qualità della politica”.