

N. 19 (Nuova serie)

CENTRO INTERUNIVERSITARIO DI RICERCA BIOETICA

Sede (Direzione e Segreteria):

AOU Federico II Edificio 20, piano I - Via Pansini 5 - 80131 Napoli

Sala riunioni degli organi collegiali:

Cortile delle Statue, Via Mezzocannone, 8 - 80134 Napoli

UNIVERSITÀ CONVENZIONATE E ADERENTI: Università degli Studi di Napoli Federico II, Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale – Sez. S. Tommaso, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa – Napoli, Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale', Università degli Studi Parthenope, Università degli Studi di Salerno, Università degli Studi del Sannio.

DIRETTORE: Andrea Patroni Griffi

VICE DIRETTORE: Giuliana Valerio

CONSIGLIO DIRETTIVO: R. Bonito Oliva; P. Buono; L. Canzoniero; G. Carillo; C. Casella; A. Cavaliere; L. Chieffi; L. D'Alessandro; M. del Tufo; P. Giustiniani; G. Imbruglia; V. Ivone; F. M. Lucrezi; C. Matarazzo; E. Mazzeola; V. Nigro; A. Papa; A. Patroni Griffi; N. Rotundo; G.F. Russo; G. Sciancalepore; A. Tartaglia Polcini; R. Virzo.

COMMISSIONE SCIENTIFICA: P. Amodio; C. Bianco; G. Capo; E. Capozzi; G. Castaldo; A. Cesaro; N. Colacurci; G. Comi; C. De Angelo; F. De Vita; F. del Pizzo; L. Gatt; C. Ghidini; E. Imparato; L. Kalb; S. Marotta; F. Mazzeo; F. Russo; D. Scarpato; G. Vacchiano; G. Valerio; V. Verdicchio; V. Zambrano; I. Zecchino; M. C. Zurlo.

MEMBRI COOPTATI NELLA COMMISSIONE SCIENTIFICA: G. Aliotta; C. Buccelli; G. Cacciatore; G. Cantillo; E. D'Antuono; E. Di Salvo; L. Ferraro; A. Lepre; G. Lissa; A. Palma; C. Polito; A. Postigliola; L. Romano; G. Rossi; A. Russo; P. Stanzione; A.M. Valentino; M. Villone.

RAPPRESENTANTI DEGLI STUDIOSI AFFERENTI E ADERENTI: R. Catalano; S. Prisco; R. Prodomo; E. Tagliatalata.

'QUADERNI DI BIOETICA' NUOVA SERIE

DIRETTORI: Claudio Buccelli, Lorenzo Chieffi, Enrico Di Salvo, Giuseppe Lissa, Andrea Patroni Griffi

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE: A. Bondolfi (Université de Genève); A. Carmi (Chairholder of the Unesco Chair in Bioethics); S. Gandolfi Dallari (USP-Universidade de São Paulo); J. R. Salcedo Hernández (Universidad de Murcia); A. Mordechai Rabello (Università di Gerusalemme e di Safed); J. Robelin (Université de Nice Sophia Antipolis).

L'EMERGENZA PANDEMICA DA COVID-19 NEL DIBATTITO BIOETICO

Tomo 2

a cura di
Lorenzo Chieffi

Il volume raccoglie i risultati di un progetto di ricerca promosso dal Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli, dalla Regione Campania, oltre che dall'ERASMUS+Acción K2 de Desarrollo de Capacidades–DiseñoCurricular (R8–Latinoamérica) Ref. 609979-EPP-1-2019-1-ES-EPPKA2-CBHE-JP, *El Bioderecho como herramienta global para la protección de los derechos humanos*. La sua pubblicazione è stata resa possibile grazie ad un finanziamento della stessa Regione Campania nel quadro del progetto di ricerca 2019/2020, sul tema “*Trasferimento di funzioni secondo il principio di differenziazione ex art. 116, 3° comma, Cost.*”, realizzato in collaborazione con il Comitato di Coordinamento Regionale delle Università Campane (CUR).

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)

www.mimesisedizioni.it

mimesis@mimesisedizioni.it

Collana: *Quaderni di bioetica*, n. 19

Isbn: 9788857582429

© 2021– MIM EDIZIONI SRL

Via Monfalcone, 17/19 – 20099

Sesto San Giovanni (MI)

Phone: +39 02 24861657 / 24416383

INDICE

LA GESTIONE MULTILIVELLO DELL'EMERGENZA SANITARIA

Francisco Balaguer Callejón

LA GESTIONE DELLA CRISI EPIDEMICA A LIVELLO EUROPEO E
INTERNAZIONALE. INSUFFICIENZE, ERRORI E LEZIONI PER IL FUTURO 11

Maria Eugenia Bartoloni

LA COMPETENZA DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI SANITÀ
PUBBLICA ALLA PROVA DELL'EMERGENZA PANDEMICA DA COVID-19 41

Maria Pia Iadicicco

L'IMPATTO DELL'EMERGENZA DA COVID-19 SUL SISTEMA
SANITARIO ITALIANO 61

Sergio Marotta, Andrea Patroni Griffi

SCIENZA, POLITICA E DIRITTO ALLA PROVA DEL COVID-19 79

Carlo Iannello

ALCUNE RIFLESSIONI SUGLI EFFETTI ORDINAMENTALI DELL'EMERGENZA
TRA LIMITAZIONI DELLE LIBERTÀ COSTITUZIONALI E LA RIEMERSIONE
DEL SISTEMA PARALLELO DI AMMINISTRAZIONE *EXTRA ORDINEM* 95

Marianna Pignata

EPIDEMIE E MISURE DI TUTELA NELLA STORIA E NEL DIRITTO.
NOTE SULL'ESPERIENZA ITALIANA TRA OTTO E NOVECENTO 117

Rosanna Fattibene

LA CENTRALITÀ DELLA (DECISIONE) POLITICA NELLA GESTIONE
DI UN EVENTO PANDEMICO, TRA VALUTAZIONE SCIENTIFICA,
DIRITTI E LIBERTÀ, CARATTERI DELLE NORME 133

Raffaele Ruberto

IL RUOLO DELLA PREFETTURA NELLA GESTIONE DELLE CRISI SANITARIE,
IN PARTICOLARE DELL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19:
L'ESPERIENZA DELLA PREFETTURA DI CASERTA 155

Raffaele Manfredi

ORDINANZE DI URGENZA E "DELEGIFICAZIONE DELL'EMERGENZA"
TRA LIVELLO STATALE E LIVELLO REGIONALE 171

Aniello Formisano

A COSA SERVONO LE REGIONI? CONSIDERAZIONI SUL REGIONALISMO
SANITARIO ALLA LUCE DELLA EMERGENZA IN ATTO 183

Rosa Guarino

LA TUTELA DEI DIRITTI AI TEMPI DELL'EMERGENZA COVID-19 203

Gianpiero Coletta

L'ACCESSO AI TRATTAMENTI SALVA-VITA NELL'ATTUALE CONTESTO
EMERGENZIALE E LA DOVEROSA NON MARGINALIZZAZIONE
DELLE PERSONE ANZIANE 217

Antonio Fuccillo

LA LIBERTÀ DI CULTO E LE LIMITAZIONI NEL PERIODO
DI EMERGENZA PANDEMICA 229

Maria D'Arienzo

LA RILEVANZA DEI VALORI ETICO-RELIGIOSI NELLA GESTIONE
DELL'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19 257

María Belen Andreu Martínez, José Ramón Salcedo Hernández

TELEMEDICINA EN TIEMPOS DE PANDEMIA: REFLEXIÓN SOBRE
SU VIABILIDAD DESDE LA ÉTICA Y EL DERECHO 275

Roberta Catalano

PANDEMIA E PANOPTICON: PROFILI EVOLUTIVI DEL DIRITTO
ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI 305

Franca Meola

SULL'INFODEMIA "CORONAVIRALE" 319

Luigi Ferraro

LA FRANCIA E LA NUOVA DISCIPLINA EMERGENZIALE
A SEGUITO DEL COVID-19: LO STATO DI EMERGENZA SANITARIA 333

Roland Dodani

LA REGOLAMENTAZIONE GIURIDICA DELLA CRISI SANITARIA
E LA FRAGILITÀ DELLO STATO DI DIRITTO IN ALBANIA 349

Matheus Fialdini

ATTIVISMO GIUDIZIARIO IN BRASILE AI TEMPI DEL COVID-19 363

Celeste Leite dos Santos

PÓS HUMANISMO E ATIVISMO DOS ATORES DA JUSTIÇA
NA SINDEMIA: A PRÁTICA A SERVIÇO DA JUSTIÇA SOCIAL 373

Rogério Donnini

RAPPORTI CONTRATTUALI E PANDEMIA 383

LA GESTIONE MULTILIVELLO DELL'EMERGENZA SANITARIA

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

LA GESTIONE DELLA CRISI EPIDEMIOLOGICA A LIVELLO EUROPEO E INTERNAZIONALE*

1. Introduzione

Al momento di terminare questo testo, a metà del mese di novembre del 2020, l'epidemia da coronavirus ha già causato la morte di più di un milione (circa un milione e trecentomila) di persone nel mondo e il numero di contagiati supera i cinquantadue milioni. Purtroppo, la precedente esperienza di altri scritti pubblicati su questa stessa tematica lascia immaginare che, quando il presente saggio sarà pubblicato, queste terribili cifre saranno ampiamente superate¹. Ma non si può neanche rinunciare a sottolineare come non si tratti di cifre reali e che potremo conoscere la letalità del virus solo quando si realizzeranno i relativi studi in ciascun paese, al di là delle cifre ufficiali.

La crisi sanitaria ha cambiato in molti sensi il nostro mondo. Alcuni di questi cambiamenti sono da considerarsi provvisori e avranno fine con il cessare della crisi, mentre altri continueranno a manifestarsi ancora per qualche anno, come probabilmente succederà a causa della crisi economica in atto. Alcuni reputano la crisi sanitaria un punto di rottura nell'evoluzione che ha coinvolto le nostre società negli ultimi decenni. Tuttavia, gli andamenti permettono di evidenziare come la crisi stia generando un'accelerazione di trasformazioni che si stavano già sviluppando rapidamente nel corso del XXI secolo e ciò lascia presagire uno sviluppo ancora maggiore dell'evoluzione registratasi fino ad ora, compromettendo in maniera significativa un diritto costituzionale che in questo secolo ha già avuto modo di sperimentare diverse crisi, tanto da non essere capace di uscire da una crisi che già è chiamato ad affrontarne un'altra².

* Traduzione dal castigliano di Giacomo Palombino.

1 "Over the past 10 months, the virus has taken more lives than H.I.V., malaria, influenza and cholera. And as it sows destruction in daily life around the globe, it is still growing quickly", R. Pérez-Peña, *Coronavirus Deaths Pass One Million Worldwide*, in "New York Times", 28 settembre 2020.

2 Cfr. F. Balaguer Callejón: *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, in "Nomos – Le attualità nel diritto", 2018,

Volendone dare una sorta di definizione, il XXI si sta dimostrando un secolo abbastanza “acostituzionale”. Nonostante le involuzioni, le retrocessioni e gli orrori che ci hanno offerto i secoli XIX e XX da un punto di vista costituzionale, è certo che la costituzione ha occupato sempre il centro della vita politica anche quando non era presente o quando le lotte per il potere si articolavano intorno alla stessa costituzione, che rappresentava un inevitabile punto di riferimento. Nel XXI secolo non è più così, poiché finisce con il collocarsi nello spazio pubblico in maniera sempre più marginale³. La globalizzazione ha fatto sì che la costituzione non sia più il riferimento essenziale della vita sociale e politica. I nuovi fattori di legittimazione di questa epoca sono l'economia e la tecnologia e dinanzi agli stessi la costituzione non sembra avere la capacità di contribuire ai modelli culturali che determinano il comportamento sociale⁴.

Sono vari i motivi che spiegano questo isolamento progressivo della costituzione. Il primo di questi è la debolezza dello Stato nel contesto della globalizzazione. Nel mondo moderno, la costituzione si costruisce proprio intorno allo Stato ed è inevitabile, pertanto, che il progressivo deterioramento del potere statale di fronte ai grandi attori globali, economici e tecnologici, determini anche la decadenza della costituzione. Tale decadenza si manifesta nell'incapacità della costituzione di regolare e ordinare i fattori reali di potere e garantire pienamente i diritti della cittadinanza. Una incapacità che non è altro che il riflesso dell'incapacità dello Stato. Tutte le grandi crisi che abbiamo affrontato nelle due prime decadi del XXI secolo riscontrano la loro origine al di fuori dello Stato e nonostante quest'ultimo abbia tentato di gestirle, seppur con scarsi risultati, ognuna di loro (inclusa la attuale crisi sanitaria) ha evidenziato i limiti dello Stato al momento di affrontarle⁵.

Anticipazioni del Convegno: “Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa”, http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf.

- 3 Cfr. F. Balaguer Callejón, *La Constitución en el tiempo de las redes sociales*, in M. Aragón Reyes, J. Jiménez Campo, C. Aguado Renedo, A. López Castillo y J.L. García Guerrero (Dirs.) *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarría*, CEPC, Madrid 2019.
- 4 Cfr. F. Balaguer Callejón, *Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Constitution, justice, démocratie*, Paris 2020.
- 5 Cfr. F. Balaguer Callejón, *El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas*, in F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez e J.F. Sánchez Barrilao (Dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Madrid 2020.

Anche se la costituzione proietta un'immagine di libertà e diritti, è certo che, nel contesto della globalizzazione, ciò che la stessa promette va oltre ciò che può effettivamente realizzare: molti diritti costituzionali (non solo i diritti sociali) sono stati lesi per mano degli speculatori finanziari durante la precedente crisi economica senza che gli ordinamenti costituzionali abbiano avuto la forza di evitarlo. Lo stesso sta accadendo con le grandi compagnie tecnologiche che convertono in lettera morta gran parte delle disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali della persona. Nel frattempo, i fattori economici e tecnologici continuano a godere di grande legittimità nello spazio pubblico, imponendo una narrativa favorevole ai grandi interessi economici globali e ai prodotti e alle applicazioni in rete delle compagnie tecnologiche.

La cultura del progresso della nostra epoca è indissolubilmente legata a questi fattori economici e tecnologici (strettamente connessi tra loro) e molto poco con i progressi in materia di diritti costituzionali, che sono più lenti e più controversi, oggetto quotidiano di un intenso dibattito pubblico. Nessuno dubita del valore sociale dell'utilità della nuova telefonia mobile o di una nuova applicazione sviluppata dalle compagnie tecnologiche. Nessuno lo mette in dubbio perché offrono benessere e generano effetti positivi nelle nostre vite, nonostante dietro le stesse vi sia un lato oscuro che sembra interessare a pochissime persone, come la continua lesione dei diritti fondamentali e l'utilizzo commerciale dei dati che queste compagnie ottengono senza rispettare questi stessi diritti.

La crisi sanitaria avrebbe potuto rappresentare la ragione per svegliarsi da questo sogno tecnologico, che è anche un incubo, e determinare il ritorno ad una valorizzazione più equilibrata dei fattori costituzionali, soprattutto dei diritti costituzionali e delle strutture pubbliche che li promuovono, come nel caso della sanità pubblica. Durante questi mesi stiamo vedendo come la sospensione della gran parte delle attività economiche abbia favorito l'ambiente e condotto ad un mondo più sostenibile e adatto all'essere umano. Cose che sembravano impensabili e impossibili sono successe e ci hanno fatto vedere come quella narrativa che si è costruita per difendere e promuovere il mondo precedente alla pandemia non sia intoccabile e che altri mondi sono possibili se percepiti come necessari.

Dall'altro lato, lo Stato sembra aver recuperato la sua posizione centrale nella vita dei cittadini, facendosi carico della gestione della crisi sanitaria e utilizzando tutti gli strumenti a sua disposizione per controllare l'espansione del virus. Questo ritorno dello Stato ha favorito anche il ritorno della costituzione, che è tornata ad occupare uno spazio centrale nel dibattito pubblico, anche se ciò è avvenuto soprattutto in relazione alla costituziona-

lità delle misure adottate per combattere l'epidemia. Senza dubbio, questo dibattito non ha fatto altro che evidenziare, in molti paesi, l'incapacità delle previsioni costituzionali rispetto alle situazioni di emergenza, nonché la difficile relazione tra scienza e diritti in questo XXI secolo. Alla fine, qualunque sia la cornice costituzionale di ogni paese, sono state le raccomandazioni della scienza ad imporsi, in termini generali, senza che il diritto potesse essere un ostacolo, data la necessità di preservare valori superiori come la vita e la salute delle persone.

Questo dibattito sulla costituzione ha avuto luogo in tutti i paesi, anche in termini generali, all'interno della cornice dello Stato nazionale, sviluppando una visione della costituzione che, pur essendo corretta e necessaria, non smette di essere incompleta perché non tiene conto dei problemi che, per l'ordinamento costituzionale, si stanno incubando e generando, a partire dalla crisi sanitaria, nel contesto globale. In particolare, quelli che discendono dall'accelerazione del processo di digitalizzazione, così come quelli connessi allo sviluppo di specifiche applicazioni volte a controllare l'espansione del virus. In modo comprensibile e tipico, tutto ciò che si colloca all'esterno dello Stato, come l'attività delle grandi compagnie tecnologiche, è rimasto estraneo al dibattito costituzionale, nonostante sia proprio lì che si collocano le grandi questioni che la costituzione dovrà affrontare al termine della pandemia. È di nuovo evidente, quindi, l'esistenza di una zona nascosta o velata della vita sociale e dello spazio pubblico in cui la costituzione non è presente e dalla quale risulta essere sempre più distante.

Senza alcun dubbio, problemi globali dovrebbero avere soluzioni altrettanto globali, da sviluppare sul piano internazionale, anche se naturalmente tali soluzioni sono tenute a rispettare i diritti fondamentali, ragion per cui vantano un'inevitabile dimensione costituzionale. Se la soluzione globale non è possibile, almeno in Europa dovrebbe pianificarsi una soluzione europea, nell'ambito dell'UE, considerato che il livello sovranazionale permetterebbe di superare l'inadeguatezza dell'azione statale dinanzi ad una crisi che ha avuto origine fuori dai suoi confini e rispetto alla quale lo Stato non dispone dei mezzi necessari a porre in essere una gestione efficace. Nel caso della crisi sanitaria non è andata così, almeno in principio, e gli Stati hanno dovuto farsi carico della gestione della crisi. Ci si augura che in futuro le organizzazioni internazionali e sovranazionali possano fare affidamento su un sistema capace di disporre di strumenti adeguati a promuovere la gestione delle crisi, favorendo così una maggiore cooperazione degli Stati e il raggiungimento di soluzioni più efficaci. L'Unione europea, come vedremo, ha appreso la lezione e sta promuovendo una "Unione sanitaria europea" volta a porre fine ad alcune delle lacune evidenziate dall'attuale crisi sanitaria.

2. Alcune preliminari indicazioni metodologiche

Analizzare un evento mentre è ancora in corso obbliga a fornire alcune indicazioni preliminari di carattere metodologico. E ciò soprattutto se pensiamo che si tratta di un fenomeno storico dalle dimensioni ancora imprevedibili, che genera problemi di ogni tipo, scientifici, ambientali, sociali, economici e costituzionali. Il primo di questi avvertimenti è scontato: manca la prospettiva temporale per capire la vera dimensione di fatti e andamenti che stanno ancora avendo luogo. Ciò avviene con frequenza sempre maggiore nell'analisi costituzionale. Sono finiti i tempi sereni in cui si discuteva di istituti e si sedimentavano ampie prospettive teoriche. Adesso siamo chiamati ad una grande dinamicità che corrisponde al ritmo accelerato della terza globalizzazione e il nostro lavoro si svolge in condizioni particolarmente complicate. Non possiamo rinunciare alla realizzazione di questa analisi, ma dobbiamo essere prudenti al momento di farlo ed essere coscienti della provvisorietà delle conclusioni a cui giungiamo.

La seconda avvertenza ha riguardo alla difficoltà di conoscere i dati reali della questione. Non disponiamo di una ricostruzione realmente affidabile in nessun paese del mondo relativamente a questi dati. Tra le varie ragioni, ciò dipende dal fatto che la conoscenza degli stessi non dipende solamente dalla loro esistenza in quanto tali, come accadrebbe in qualsiasi altro ambito, poiché sono particolarmente condizionati dall'azione del potere pubblico dinanzi alla crisi sanitaria. Propongo un esempio: nell'ultima parte di luglio, il numero di persone contagiate in Brasile, secondo alcune fonti affidabili⁶, si attestava a circa 2.396.434. Facendo una comparazione, il numero di contagiati in Spagna secondo questa stessa fonte (che comprende tutti i casi diagnosticati e che si rendono pubblici in maniera ufficiale, non solo quelli relativi al test tramite tampone) avrebbe dovuto essere di 319.501. Se facciamo riferimento ai dati dell'OMS⁷, i numeri del Brasile corrisponderebbero a 2.343.366, mentre quelli della Spagna sarebbero 272.421 (in questo caso solo quelli diagnosticati tramite tampone), che sostanzialmente coincidono con quelli della Johns Hopkins University⁸. Sembra, pertanto, che, sulla base di queste fonti, il numero di persone infette in Spagna corrisponda al 12% di

6 <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>. Consultato il 26 luglio 2020, alle ore 12.

7 https://covid19.who.int/?gclid=CjwKCAjw0_T4BRBIEiwAwoEiAS8VhHwe-aMWFO3HaoPzkRt_CUJdfLed668yCcsK5u7qEyf7BYQM1ZhoCnhcQAvD_BwE. Consultato il 26 luglio 2020, alle ore 12.

8 Nel caso della Spagna, mentre rispetto al Brasile indica: 2.394.513 <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Consultato il 26 luglio 2020, alle ore 12.

quelle registrate in Brasile. Questo dovrebbe considerarsi un dato affidabile, che indica come in Brasile si sia registrato, approssimativamente, il doppio dei casi spagnoli in relazione alla popolazione.

Tuttavia, anche se sono dati ufficiali forniti dagli Stati, questi dati non sono reali. Sicuramente in entrambi i paesi il numero dei casi è maggiore, ma la questione è capire quale dei due offra dati più affidabili. In Spagna, questi dati si basano su di un totale di 6.320.836 test realizzati su una popolazione composta da meno di 50 milioni di persone. Quelli del Brasile, invece, su di un totale di 4.911.063 su una popolazione di più di duecento milioni di persone⁹. Ciò dimostra come i dati dipendano dal modo di agire dei poteri pubblici. I dati della Spagna, che è tra i primi paesi al mondo per test realizzati, sono più affidabili di quelli del Brasile e di altri paesi (la Francia, per esempio, sul finire di luglio aveva realizzato meno test della Spagna). Il problema dei dati, quindi, non dipende solo dal fatto che non siano affidabili perché si provi ad occultarli o alterarli, ma anche perché sono condizionati dalla politica sanitaria perseguita in concreto. Per questo motivo, comparare i dati e, sulla base degli stessi, giungere a delle conclusioni risulta fuorviante proprio per via dell'incidenza sugli stessi del differente modo di operare di ciascun paese dinanzi al controllo dell'epidemia.

Ciò che sappiamo, grazie agli studi che sono stati realizzati dalle istituzioni scientifiche a ciò abilitate, è che le misure del distanziamento sociale, incluso il confinamento, contribuiscono a ridurre la letalità in maniera sensibile¹⁰, tanto che oggi ci troveremmo a contare milioni di decessi nel mondo se non fossero state adottate.

La terza avvertenza ha riguardo alla differenziazione tra la componente biologica dell'infezione e la crisi sanitaria. L'infezione non è il mero risultato di un'azione individuale, ma di un comportamento collettivo distruttivo che ha creato le condizioni che rendono possibile che il virus di alcune specie animali possa contagiare gli esseri umani. È il danno ambientale che noi abbiamo provocato, tramite la progressiva riduzione della diversità biologica, ciò che ha condotto all'estinzione di specie animali che funge-

9 <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>. Consultato il 26 luglio 2020, alle ore 12.

10 Nella migliore delle ipotesi, in presenza di un sistema sanitario efficiente, senza adottare una strategia di soppressione del virus, vi sarebbero state circa 250.000 decessi nel Regno Unito e tra gli 1,1 e 1,2 milioni di decessi negli USA. Cfr. *Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*, in <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modeling-16-03-2020.pdf>.

vano da scudo alla propagazione di malattie da altre specie animali alle persone.

Ma l'infezione, *il virus*, deve distinguersi dalla *crisi sanitaria*¹¹. Anche nell'infezione gli esseri umani hanno la loro responsabilità, in funzione appunto del danno ambientale. Però il virus è un fatto fisico che poteva contenersi in maniera più efficace, evitando la sua diffusione. Non averlo fatto in questo modo o averlo fatto in misura diversa, in funzione delle risposte sociali e politiche dinanzi al virus, che in quanto tali non sono più un fatto biologico ma sociale, è ciò che ha provocato la crisi sanitaria con il diverso impatto che ha avuto nei vari paesi.

3. *La gestione della crisi a livello internazionale*

Non è una novità che lo Stato sia chiamato a dare soluzioni a crisi globali che arrivano dall'esterno. Se pensiamo alla precedente crisi economica o alle involuzioni democratiche generate dalle compagnie tecnologiche e sperimentate a partire dalla Brexit nel Regno Unito, rileva come entrambe provenissero dall'esterno degli Stati. Tuttavia, sono proprio gli Stati che in ultima istanza devono adottare misure idonee a far fronte alle stesse, e ciò poiché le organizzazioni internazionali e sovranazionali non hanno saputo porre un freno ai grandi attori globali. Una crisi di livello globale dovrebbe risolversi sul piano internazionale o, almeno, sovranazionale, considerato che in mano agli Stati non si rinviene un reale potere dinanzi ai fattori globali (che si tratti di speculatori finanziari o compagnie tecnologiche).

Tuttavia, se analizziamo l'evoluzione che ha avuto luogo dalla crisi del 2008 fino alle elezioni nordamericane del 3 novembre 2020, possiamo vedere che qualcosa si è appreso. Il livello internazionale continua ad essere poco operativo, mentre sono stati adottati strumenti sia a livello statale che a quello sovranazionale. Nella nuova crisi economica generata dall'attuale emergenza sanitaria, l'Unione europea ha assunto un atteggiamento diverso da quella precedente, come dimostra il Recovery Plan¹².

Per quanto riguarda l'involuzione democratica generata dalle compagnie tecnologiche, nelle elezioni presidenziali statunitensi del 3 novembre 2020, il controllo a cui le stesse sono state sottomesse a livello interno (special-

11 Cfr. F. Balaguer Callejón, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, in *Atti della giornata di studi in onore di Paolo Ridola*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", n. 10, 2019 (pubblicato nel 2020).

12 Cfr. <https://www.consilium.europa.eu/media/45118/210720-euco-final-conclusions-it.pdf>.

mente da parte del partito democratico) ha fatto sì che queste compagnie non interferissero nei processi elettorali favorendo uno dei candidati, come fecero nel 2016 a vantaggio del candidato repubblicano (almeno sulla base di quanto sappiamo ad oggi). Al contrario, hanno predisposto strumenti volti ad impedire la diffusione di *fake news*, nonché a favorire la partecipazione elettorale, non registrandosi prove di propaganda subliminale come quella promossa da Facebook e Cambridge Analytica a favore di Trump nel 2016. La questione ora è capire se queste misure si diffonderanno nei processi elettorali anche di paesi lontani dai confini degli Stati Uniti¹³.

Pertanto, possiamo vedere che dove non arriva l'intervento internazionale a dettare una risposta alla crisi, si registrano interventi a livello statale e sovranazionale, forse con un grado minore di efficacia, ma comunque sulla scorta delle esperienze negative del passato, utili ad impedire che si ripetano errori già commessi. Il problema è che dinanzi alla crisi sanitaria attuale stiamo ancora imparando dagli errori e, purtroppo, sembra ci sia ancora molto da imparare. Di fatto, possiamo affermare che la crisi sanitaria sia più intensa perché, tra gli altri motivi, non riusciamo a risolvere in maniera adeguata le crisi pregresse. Senza dimenticare quella ambientale, che può considerarsi permanente ed è alla base della pandemia, anche la crisi economica e quella democratica registratesi negli ultimi anni hanno avuto un'influenza negativa su quella sanitaria.

Rispetto alla crisi economica del 2008, la forma in cui è stata risolta, e cioè attraverso la compressione dei diritti sociali e i tagli alle strutture sanitarie statali, è stato un fattore che ha contribuito ad accrescere la crisi sanitaria e a rendere meno agevole la risposta dei sistemi sanitari nazionali. Lo stesso può affermarsi in merito alla involuzione democratica determinata dalle compagnie tecnologiche attraverso la loro interferenza nei processi elettorali. I leader populistici appoggiati da queste compagnie in paesi tanto importanti come Stati Uniti o Brasile non solo non hanno agito in maniera efficace per controllare la diffusione della pandemia ma addirittura l'hanno favorita tramite un inqualificabile atteggiamento di costante disprezzo verso la vita e la salute dei loro compatrioti¹⁴.

Nel caso degli Stati Uniti, l'Amministrazione Trump ha ostacolato la risposta alla crisi non solo a livello interno ma anche internazionale. No-

13 Sul punto, cfr. R. Kleis Nielsen, *Las plataformas tienen que decidir si todos sus usuarios globales son iguales*, in "El País", 10 novembre 2020, <https://elpais.com/tecnologia/2020-11-09/las-plataformas-tienen-que-decidir-si-todos-sus-usuarios-globales-son-iguales.html>.

14 Cfr. F. Balaguer Callejón, *Crisis sanitaria y derecho constitucional en el contexto global*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 46, 2020, pp. 128-131.

nostante l'OMS non abbia agito in maniera particolarmente virtuosa all'inizio della crisi sanitaria, è certo che la scelta di Trump di interrompere i finanziamenti a suo favore¹⁵, debilitandone l'operatività, si sia dimostrata la peggiore delle opzioni possibili in una situazione come quella dettata dalla pandemia. Dall'altro lato, il contesto internazionale che si è delineato con l'Amministrazione Trump ha contribuito anche ad ostacolare il coordinamento tra gli Stati, soprattutto quello a cui si sarebbe dovuto dar luogo tra Stati Uniti e Cina¹⁶. Il disprezzo manifestato da Trump verso la Cina e la scelta di rivolgere accuse a questo paese tramite il continuo riferimento alla pandemia in termini di "virus cinese", addirittura con la pretesa di accertare le responsabilità della Cina¹⁷, sono stati fattori che non hanno contribuito a porre in essere una necessaria collaborazione.

Infatti, quando parliamo di gestione internazionale non possiamo fare riferimento solo all'OMS ma dobbiamo tenere in considerazione la dimensione geopolitica della pandemia e la capacità di agire da leader nella lotta alla stessa di due paesi che attualmente occupano le prime posizioni tra le potenze mondiali. Tra le altre ragioni, anche perché l'esperienza acquisita in Cina nel contrasto alla pandemia avrebbe potuto generare effetti positivi negli Stati Uniti se non vi fosse stato l'ostruzionismo radicale dell'Amministrazione Trump. Ma anche perché gli Stati Uniti avevano una responsabilità particolare non solo di assicurare un efficace contenimento della diffusione del virus nel loro Paese, ma anche di contribuire a rendere più efficace la gestione internazionale. Niente di tutto ciò, appunto, è accaduto, tanto che, al contrario, l'Amministrazione Trump ha favorito la diffusione del virus all'interno e all'esterno del paese.

Per quanto riguarda l'OMS, è evidente che non può considerarsi virtuosa la gestione realizzata al principio della pandemia. Il Direttore dell'OMS, per esempio, non solo il 30 gennaio 2020 affermò che "non ci sono motivi per adottare misure che interferiscano con i viaggi e il commercio

15 Come afferma Alistair Bunkall: "There are questions that the World Health Organisation (WHO) needs to answer about its handling of this crisis, but now is surely not the moment", Bunkall, Alistair "Why Trump is cutting WHO funding during a pandemic", in "Skynews", 15 aprile 2020, <https://www.msn.com/en-au/news/world/comment-why-trump-is-cutting-who-funding-during-a-pandemic/ar-BB12EOJ4?li=AAgfYrC>.

16 Sul punto, cfr. J.L.Shapiro, *La Cina presenta agli USA il conto della globalizzazione*, in "Limes. Rivista italiana di geopolitica", n. 3, 2020.

17 Cfr. Amanda Mars: "Trump pide a la ONU que 'haga rendir cuentas' a China por 'infectar al mundo' con el coronavirus", in "El País", 22 settembre 2020, <https://elpais.com/internacional/2020-09-22/la-primera-jornada-de-la-asamblea-general-de-la-onu-escenifica-un-mundo-totalmente-polarizado.html>

internazionale”¹⁸, ma si permise addirittura di scherzare, quando, al momento di tossire, disse “don’t worry it’s not Corona”, così suscitando una risata da parte del pubblico¹⁹. Invece di incentivare l’adozione di adeguate misure di prevenzione da parte degli Stati, l’OMS ha trasmesso una visione ancora più erronea di quella che le stesse autorità cinesi stavano diffondendo, eliminando nei suoi comunicati il riferimento alle misure di cautela che queste autorità stavano adottando in funzione della possibile pericolosità del virus²⁰. Questi errori hanno finito con il compromettere la sua legittimità, rendendo più complesso che gli Stati e l’opinione pubblica mondiale accettassero la sua autorità quando ciò è stato necessario per promuovere misure più efficaci di controllo della pandemia.

In ogni caso, dopo questi errori nella fase iniziale, l’OMS ha poi dato luogo ad un importante lavoro di informazione e coordinamento nella lotta contro la pandemia a livello mondiale. Questo impegno, tuttavia, è stato limitato per due principali motivi. In primo luogo, per via delle difficoltà tecniche dovute alla conoscenza scientifica del virus, che hanno generato incertezza nelle raccomandazioni diffuse (per esempio, in merito alla trasmissione aerea del virus²¹). In secondo luogo, a causa della dimensione della pandemia, che ha registrato una propagazione globale in un arco di tempo molto ristretto e con un impatto significativo sui sistemi sanitari degli Stati, registrandosi anche un elevato livello di letalità.

Nessuno di questi problemi è di facile risoluzione. Ma mentre il primo dipende da questioni di carattere congiunturale associate al tipo di pandemia e al grado di conoscenza scientifica delle sue cause, il secondo dipende soprattutto da questioni strutturali legate al disegno della protezione

18 Cfr. il tweet: <https://twitter.com/WHO/status/1222969858574430217>.

19 Cfr. il contenuto video, dal minuto 1:17 al minuto 1:25, in: https://www.youtube.com/watch?v=ja1lL_f846o.

20 Cfr. Kathy Gilsinan, “How China Deceived the WHO”, *The Atlantic*, 12 aprile 2020: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/04/world-health-organization-blame-pandemic-coronavirus/609820/>. L’autrice offre come esempio un comunicato dell’OMS del 14 gennaio, in cui si dichiara che: “Preliminary investigations conducted by the Chinese authorities have found no clear evidence of human-to-human transmission of the novel #coronavirus”. Tuttavia, dinanzi alle concise dichiarazioni dell’OMS, quella del Governo cinese conteneva alcuni messaggi di allarme che quella dell’OMS non conteneva: “The possibility of limited human-to-human transmission cannot be excluded,” por más que “the risk of sustained transmission is low.”

21 Cfr. Javier Salas *La OMS reconoce ahora que es posible la transmisión aérea del coronavirus en interiores*, in “El País”, 9 luglio 2020, <https://elpais.com/ciencia/2020-07-09/la-oms-reconoce-ahora-que-es-posible-la-transmission-aerea-del-coronavirus-en-interiores.html>.

internazionale per far fronte a situazioni di emergenza. È evidente che la normativa esistente, che si fonda sul Regolamento sanitario internazionale del 2005²² e sui meccanismi previsti per la sua applicazione dall'OMS²³, non è risultata sufficiente per un'epidemia come quella attuale. E bisogna sottolineare come questo non sia un problema esclusivo della protezione internazionale, considerato che le lacune normative sono state riscontrate anche nell'ambito sovranazionale e statale²⁴.

In realtà, il diritto emergenziale, per la sua propria natura, fa fronte a tali difficoltà tramite l'adozione di soluzioni non formali che favoriscono risposte rapide, sempre che siano conformi a principi come quello di proporzionalità. Nell'ambito internazionale queste risposte celeri compongono proprio la logica del sistema, dove si favoriscono politiche necessarie come quella della "rapid risk assessment" o della "no regrets policy" che mirano a garantire la prevalenza della protezione della vita e della salute in questo tipo di situazioni. L'OMS definisce così la "no regrets policy": "At the onset of all emergencies, WHO ensures that predictable levels of staff and funds are made available to the WCO, even if it is later realized that less is required, with full support from the Organization and without blame or regret. This policy affirms that it is better to err on the side of over-resourcing the critical functions rather than risk failure by under-resourcing"²⁵.

È discutibile, tuttavia, il fatto che sia a livello internazionale che a livello sovranazionale o statale (e regionale) si sia sempre intesa questa necessità di mettere al primo posto i principi materiali rispetto a quelli formali nella

22 Cfr. International Health Regulations (2005) in <https://www.who.int/publications/i/item/9789241580496>,

23 Cfr. International Health Regulations (2005) in <https://www.who.int/publications/i/item/9789241580496>, *Emergency response framework*, 2^a ed., 2017, [https://www.who.int/publications/i/item/emergency-response-framework-\(-erf\)-2nd-ed](https://www.who.int/publications/i/item/emergency-response-framework-(-erf)-2nd-ed)

24 Tenendo anche presente che molti Stati non hanno adattato le loro strutture a quanto previsto dal Regolamento in relazione a queste situazioni di emergenza. Come afferma il report *A world at risk. Annual report on global preparedness for health emergencies*: "As of 2018, only one-third of countries have the capacities required under the IHR (2005). While progress has been achieved in many higher income countries, low- and middle-income countries struggle with funding these functions. Not only does this impact their own ability to respond to outbreaks, it puts the whole world at risk. The great majority of national health systems would be unable to handle a large in ux of patients infected with a respiratory pathogen capable of easy transmissibility and high mortality". Global Preparedness Monitoring Board, *A world at risk. Annual report on global preparedness for health emergencies*, settembre 2019, p. 20, https://apps.who.int/gpmb/assets/annual_report/GPMB_annualreport_2019.pdf.

25 *Emergency response framework*, cit., p. 13.

struttura del sistema normativo, estendendo questi principi ad ambiti in cui risultavano ugualmente necessari. Rafforzare questi principi in vista di future situazioni di emergenza risulta fondamentale. Non è accettabile che le organizzazioni internazionali si siano contraddistinte per approcci tanto conservatori nell'interpretazione delle loro stesse funzioni in modo da non generare allarme o per qualsiasi altro motivo, considerato che la situazione è critica e ogni giorno muoiono migliaia di persone nel mondo.

Che sia possibile controllare in maniera efficace l'espansione del virus lo hanno dimostrato in maniera chiara alcuni paesi asiatici, al di là della Cina, come il Giappone o la Corea del Sud. Nel caso della Cina è inevitabile adottare la giusta cautela considerata la sua condizione di paese non democratico. Ma per quanto riguarda Giappone e Corea del Sud, questa attenzione non è richiesta perché hanno dimostrato che in sistemi totalmente democratici si possono promuovere politiche efficaci di controllo della pandemia. Ciò è possibile a livello statale e dovrebbe esserlo anche a livello internazionale grazie a una regolazione più efficace dell'OMS, la quale è chiamata a tener conto delle caratteristiche di una situazione di emergenza di questa portata per il futuro. Una regolazione che dovrebbe coinvolgere più attori internazionali²⁶ insieme a quelli sovranazionali e statali, nella gestione della pandemia, e non solamente l'OMS, nonostante spetti a quest'ultima il compito di guidare la risposta alla crisi sanitaria.

4. La gestione della crisi a livello europeo

L'Unione europea è stata sorpresa dalla rapidità della diffusione del virus e dalla portata della pandemia tanto quanto i singoli Stati e gli organismi internazionali. Nel caso dell'Unione europea, inoltre, la tradizionale lentezza dei processi decisionali e la circoscrizione delle relative competenze sono stati fattori che hanno contribuito a ritardare la prima risposta

26 "While the responsibility for preparedness lies largely with local and national leaders, an effective international response system is an essential global safety net. As the accumulation of new global trends and challenges creates more complex health emergencies, the international community must be better prepared. Poverty, deprivation and weak health and government structures can amplify a disease outbreak into a wide-ranging humanitarian catastrophe that quickly grows beyond what national authorities can manage. While WHO leads the international response to any health emergency, it needs reliable, systematic backup from other United Nations agencies to address logistical and humanitarian developments that are beyond its scope to manage". Cfr. Global Preparedness Monitoring Board, *A world at risk*, cit., p. 36.

al virus. Nel frattempo, gli Stati cominciavano ad adottare politiche sordinate e poco solidali per far fronte alla crisi²⁷. Politiche che hanno generato malessere per il fatto di andare contro la solidarietà europea, come è successo con l'iniziale veto di alcuni paesi all'esportazione di materiale sanitario in altri paesi dell'UE, situazione che pur essendosi successivamente sbloccata²⁸ ha comunque recato un danno all'immagine dell'Europa in Italia, il paese che in quel momento aveva bisogno di aiuti urgenti da parte dell'Unione e degli altri Stati membri. Non sorprende, pertanto, che nel mese di marzo alcuni sondaggi indicassero che il 90% degli italiani si sentisse abbandonato dall'Unione europea e ai primi posti tra i paesi amici dell'Italia ponesse addirittura la Cina (52%), seguita dalla Russia (32%), e che neanche al terzo posto ci fosse un paese europeo (ma gli Stati Uniti, con il 17%)²⁹. Uno stato d'animo che si spiega per l'arrivo di aiuti dalla Cina e dalla Russia in un momento cruciale nel quale alcuni Stati europei sono venuti meno al loro patto di solidarietà.

Certamente, l'Unione europea ha reagito alla forte lesione della sua immagine e anche paesi come la Francia e la Germania hanno cambiato posizione, assumendo un atteggiamento più solidale sia sul campo sanitario, sia, soprattutto, su quello economico. Nonostante l'iniziale incertezza dimostrata dalla BCE³⁰ e l'opposizione fatta dall'Olanda dinanzi alle richieste dei paesi più colpiti³¹, il vertice in materia economica si è concluso in maniera soddisfacente il 21 luglio 2020 grazie all'apporto fondamentale della Germania e della Commissione europea all'approvazione del Recovery Plan³². In merito a quest'ultimo, la Presidenza tedesca del Consiglio

27 Cfr. F. Balaguer Callejón, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit.

28 Cfr. <https://www.europapress.es/internacional/noticia-alemania-levanta-restricciones-envia-italia-millon-mascarillas-frente-coronavirus-20200316130441.html>.

29 Cfr. i dati del sondaggio in "Limes. Rivista italiana di geopolitica", n. 3, 2020, p. 31.

30 Cfr. Luis Doncel, *Lagarde inflama los mercados con un mensaje decepcionante*, in "El País", 13 marzo 2020.

31 Molto infelice, come purtroppo accade sempre più spesso, è stata la posizione olandese, alla luce di alcune dichiarazioni del suo ministro dell'economia che furono definite "ripugnanti" da parte del primo ministro portoghese, il quale si schierò in difesa di Italia e Spagna, i paesi che in quel momento stavano soffrendo in maniera tragica la crisi sanitaria. Cfr. Javier Martín del Barrio, *Portugal arre-mete contra la "repugnante" respuesta de los Países Bajos a la crisis sanitaria*, in "El País", 27 marzo 2020.

32 Cfr. le conclusioni del Consiglio d'Europa dal 17 al 21 luglio 2020, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/07/21/>

dell'Unione europea è arrivata a un accordo definitivo con il Parlamento europeo il 10 novembre 2020³³.

La questione economica concernente la crisi sanitaria è di grande importanza non solo al fine di affrontare la crisi economica nella quale già siamo immersi ma anche per semplificare la risposta alla pandemia. Gli Stati membri dell'Unione europea che si trovano nelle peggiori condizioni economiche possono adottare misure di confinamento qualora siano necessarie, tenendo conto che il danno all'economia potrà essere coperto in gran misura attraverso gli aiuti dell'Unione. In qualche modo, a differenza di quanto accadde nel caso della crisi economica del 2008, la solidarietà europea può ora contribuire a dar luogo ad una gestione più efficace della crisi. La tensione tra economia e tutela della vita e della salute non si percepisce più in maniera tanto estremamente drammatica come sta avvenendo in altri paesi che devono affrontare in maniera isolata le conseguenze economiche della lotta contro la pandemia.

Ma la tensione tra economia e controllo della pandemia è in gran parte una conseguenza dell'assenza di strumenti efficaci per il controllo del virus. Ciò è dimostrato, ancora una volta, dall'esempio dei paesi asiatici, nei quali il danno economico è stato minore perché sin dal principio sono state adottate misure che hanno reso possibile un controllo effettivo della pandemia. Se fosse accaduto lo stesso anche nel contesto europeo non ci troveremmo adesso nella condizione di sperimentare una crisi economica come quella che è scaturita a causa della crisi sanitaria.

A tal riguardo, non può non sottolinearsi che la “non Europa” ha contribuito a rendere più difficile il controllo della pandemia. Senza alcun dubbio, le competenze dell'Unione europea in questa materia sono particolarmente limitate, per quanto riguarda sia l'aspetto sanitario, nello specifico, che il controllo delle crisi e delle situazioni di emergenza. Le competenze in materia di salute pubblica sono complementari a quelle statali e di impulso alla cooperazione tra gli Stati membri e appoggio all'azione degli stessi, ma, come stabilisce l'art. 168.7 TFUE: “L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica”.

In ogni caso, quest'azione di supporto dell'UE, d'accordo con quanto disposto nell'art. 168.1 TFUE “comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro preven-

european-council-conclusions-17-21-july-2020/

33 Cfr. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/11/10/next-multiannual-financial-framework-and-recovery-package-council-presidency-reaches-political-agreement-with-the-european-parliament/>.

zione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero". Per quanto riguarda l'attività di coordinamento che spetta all'UE, l'articolo 168.2 TFUE stabilisce che "la Commissione può prendere, in stretto contatto con gli Stati membri, ogni iniziativa utile a promuovere detto coordinamento, in particolare iniziative finalizzate alla definizione di orientamenti e indicatori, all'organizzazione di scambi delle migliori pratiche e alla preparazione di elementi necessari per il controllo e la valutazione periodici".

Inoltre, d'accordo con quanto disposto nell'articolo 168.5 TFUE, "il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, possono anche adottare misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero". Dal canto suo, il comma 6 dello stesso articolo dichiara che "il Consiglio, su proposta della Commissione, può altresì adottare raccomandazioni per i fini stabiliti dal presente articolo". Nell'ambito istituzionale dell'Unione europea bisogna tenere in conto la creazione nel 1995 dell'Agenzia Europea per i medicinali e nel 2005 del Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie. La recente proposta di dar vita ad una "Unione sanitaria europea" prevede il potenziamento delle facoltà di queste agenzie³⁴ così come di una specifica autorità sanitaria³⁵.

Naturalmente, l'Unione europea ha competenza in ambiti che riguardano il terreno della crisi sanitaria e della protezione della salute, come nel

34 Cfr. per quanto si riferisce al Centro, la proposta afferma che "The ECDC needs to become a real EU Health Agency that Member States can entrust to deal with crisis preparedness and response as appropriate". Relativamente all'Agenzia, si sottolinea la sua attuale inadeguatezza, alla luce della quale è necessario dar vita ad una riforma: "the COVID-19 pandemic has shown that EMA lacks a strong system to monitor and mitigate shortages of critical medicines, as well as a solid framework for crisis response", Comunicazione della Commissione europea del 11 novembre 2020, *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*, p. 4, in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-health-union-resilience_en.pdf

35 La Health Emergency Response Authority (HERA), che dovrebbe divenire operativa nel 2023 e la cui missione dovrebbe essere quella di: "to enable the EU and its Member States to rapidly deploy the most advanced medical and other measures in the event of a health emergency, by covering the whole value chain from conception to distribution and use". Cfr. Comunicazione della Commissione europea del 11 novembre 2020, *Building a European Health Union*, cit., pp. 20-21.

caso della protezione civile³⁶. Inoltre, bisogna ricordare i principi e i diritti che vincolano le istituzioni europee in materia di salute. È il caso dell'articolo 9 TFUE, in base al quale “nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un’adeguata protezione sociale, la lotta contro l’esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana”. Un principio che in seguito si concretizza nelle politiche dell’Unione, come accade per esempio in tema ambientale o di protezione dei consumatori³⁷.

Il diritto alla salute detiene un certo rilievo nell’articolo 35 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che affida la relativa tutela, tuttavia, alle normative e pratiche degli Stati membri: “Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell’attuazione di tutte le politiche ed attività dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”. È proprio sulla base della Carta che poggia la proposta di una “Unione sanitaria europea”³⁸.

Allo stesso modo, non può non considerarsi la clausola di solidarietà dell’articolo 222 TFUE, sulla base del quale “l’Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall’uomo. L’Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri, per: b) prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di calamità naturale o provocata dall’uomo”.

36 Pertanto, mentre nell’art. 4.2.K TFUE si attribuisce all’UE la competenza concorrente in relazione ai “problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato”, nell’art. 6 TFUE, si stabilisce che l’Unione “ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l’azione degli Stati membri”. Tra i settori di tali azioni, nella loro finalità europea, ci sono a) tutela e miglioramento della salute umana e f) protezione civile.

37 Nell’art. 169.1 in relazione alla protezione della salute dei consumatori o nell’art. 191 TFUE in relazione agli obiettivi da raggiungere per la politica ambientale, che includono la protezione della salute delle persone.

38 “This Communication proposes first building blocks for a European Health Union. It implements the obligation to ensure high level of human health protection as defined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union”. Cfr. Comunicazione della Commissione europea del 11 novembre 2020, *Building a European Health Union*, cit.

In presenza di un quadro normativo così limitato in materia di salute e risposta alle situazioni di crisi, l'Unione europea ha reagito, dopo un primo momento di confusione, adottando una serie di strumenti in molteplici ambiti che non hanno riguardo solo alle questioni strettamente sanitarie ma anche a quelle economiche³⁹. Si è così cercato di dar luogo ad una cooperazione effettiva idonea a superare le lacune e gli errori dei primi momenti dell'epidemia, in modo tale che gli Stati non continuassero ad operare in maniera unilaterale e non solidale. L'azione dell'Unione europea è stata molto intensa sia rispetto alle nuove normative⁴⁰, sia in merito a strumenti di vario tipo destinati ad appoggiare gli Stati nella lotta contro la pandemia e nelle possibili soluzioni attraverso i vaccini che si stanno testando e che sono stati oggetto di diversi contratti volti a garantire la loro distribuzione⁴¹.

L'ampia portata delle misure adottate dall'Unione europea evidenzia che, così come accade nell'ambito internazionale ma in maniera ancora più intensa in quello sovranazionale, la crisi sanitaria non è solo un problema di salute pubblica e non può essere affrontata solo da questa prospettiva. Le sue implicazioni sono tanto ampie da coinvolgere vari ambiti di competenza e porta ad applicare su questi ultimi il regime del diritto emergenziale che detiene caratteristiche specifiche, non sempre realmente comprese. Questa non si è dimostrata un'epidemia come quelle che si sono sviluppate negli ultimi tempi. Non può essere affrontata con strumenti esclusivamente sanitari perché ha generato una frattura in tutti i settori dell'azione pubblica e in tutti gli ambiti della vita.

Da questa prospettiva e in funzione della previsione di future epidemie sembra necessario, prima di tutto, potenziare le competenze dell'Unione europea in materia di salute affinché possa vantare una maggiore capacità di gestione delle crisi in questo ambito. In questa direzione va la proposta della Presidente della Commissione europea di dar vita ad una "Unione sanitaria europea", affidando poteri più ampi alla Commissione e

39 Una rassegna cronologica delle principali misure adottate dall'Unione europea dal 9 gennaio 2020, giorno in cui la Direzione Generale della Salute e della Sicurezza Alimentare pubblica una notifica nel Sistema di Allarme Rapido (RASFF), si può consultare in https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/timeline-eu-action_es.

40 Cfr., l'opera compilativa di diritto europeo realizzata da Ángel M^a Marinero Peral per il Boletín Oficial del Estado, che in data 11 novembre 2020 conteneva un totale di 169 riferimenti: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355. Consultato il 12 novembre 2020.

41 L'ultimo di questi, firmato con BioNTech y Pfizer l'11 novembre 2020: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2081

alle Agenzie europee affinché possano affrontare meglio le crisi sanitarie⁴². Come si legge in questa proposta, lo sforzo collettivo per superare l'attuale pandemia e le altre che potrebbero arrivare in futuro richiede di potenziare la cooperazione a livello europeo⁴³ per superare le lacune che sono emerse nella lotta contro l'attuale pandemia⁴⁴.

Ma sarà anche necessario rafforzare le competenze dell'Unione in materia di situazioni di emergenza⁴⁵ che richiedano una capacità di cooperazione più ampia in relazione con gli ambiti di competenza che non la riguardano nello specifico. Come sempre nel diritto emergenziale, in questi ambiti verrebbero meno le facoltà utilizzate nel periodo di emergenza una volta che questa finisca e le norme dettate nel relativo periodo perderebbero la loro vigenza. Ma così avremmo la possibilità di affrontare la crisi a livello sovranazionale, permettendo una soluzione più rapida ed efficace.

42 Cfr. Comunicazione della Commissione europea del 11 novembre 2020, *Building a European Health Union*, cit.

43 "The collective effort to fight the ongoing COVID-19 pandemic, as well as other future health emergencies, calls for strengthened coordination at EU level. Public health measures need to be consistent, coherent and coordinated to maximise their effect and minimise the damage for people and business alike. The health situation in one Member State is contingent on that of others. Fragmentation of effort in tackling cross-border health threats makes all Member States collectively more vulnerable." Comunicazione della Commissione europea del 11 novembre 2020, *Building a European Health Union*, cit., p. 2.

44 "The COVID-19 public health crisis has highlighted that the EU and Member States must do more regarding preparedness and response planning for epidemics and other serious cross-border health threats. While structures and mechanisms set up at EU level as part of the Decision on serious cross-border health threats facilitated the exchange of information on the evolution of the pandemic and supported specific national measures taken, they could do little to trigger a timely common EU level response and ensure coherent risk communication. This lack of coherence and coordination continues to be an obstacle to tackling the pandemic." Comunicazione della Commissione europea del 11 novembre 2020, *Building a European Health Union*, cit., p. 4.

45 Nell'ambito delle emergenze sanitarie, la proposta di una "Unione sanitaria europea" prevede una maggiore autonomia dell'Unione rispetto all'OMS, aspetto da accogliersi favorevolmente: "The legal framework for the recognition of an emergency at the EU level will also be amended. The new rules will enable the activation of EU emergency response mechanisms, in close coordination with the World Health Organization (WHO), without making it contingent upon the WHO's own declaration of a Public Health Emergency of International Concern (PHEIC). This will give further flexibility to the EU when tackling health crises", Comunicazione della Commissione europea del 11 novembre 2020, *Building a European Health Union*, cit., p. 7.

Se questa competenza fosse già esistita quando si è manifestata questa crisi sanitaria, l'Europa avrebbe avuto la capacità di gestire la crisi, con un quadro normativo solido in materia sanitaria, e sarebbe stata autorizzata anche ad adottare decisioni strategiche in ambito logistico o in materia di produzione industriale, con competenze specifiche per far fronte a situazioni eccezionali di questo tipo. L'Unione europea avrebbe potuto aver coordinato in maniera efficace gli sforzi dei singoli Stati, evitando tensioni tra gli stessi e individuando criteri e parametri omologabili nell'ambito europeo che avrebbero permesso di conciliare la lotta contro la crisi e la priorità assoluta della vita e della salute delle persone con il mantenimento dell'attività economica. Dal numero di test necessario in funzione delle condizioni sanitarie, passando per l'informazione sulla propagazione del virus, l'informazione sulla letalità provocata dalla pandemia, i criteri per imporre il confinamento, i protocolli per gli strumenti di distanziamento sociale, solo per citare alcuni aspetti⁴⁶.

Senza dubbio, l'attivazione di nuove competenze e la regolamentazione del diritto emergenziale non possono arrivare mai a soddisfare una realtà che cambia continuamente e che può avere delle dimensioni straordinarie, come è accaduto con l'attuale crisi sanitaria. Una prospettiva antiformalista è necessaria, basata su principi e, soprattutto, sulla preservazione di beni superiori, in questo caso la salute e la vita delle persone. Anche da questa prospettiva, sarebbe necessaria una riordinazione del sistema di competenze dell'Unione europea, al fine di differenziare le facoltà attivabili in situazioni di emergenza, che sarebbero sottoposte ad un criterio di provvisorietà, dai poteri che eventualmente potrebbero servire per razionalizzare il sistema sanitario e prevenire situazioni di tale natura.

5. *Il ruolo degli attori globali nella crisi*

Nella valutazione della gestione internazionale e sovranazionale delle crisi non può mancare una menzione al ruolo degli attori globali, con particolare riferimento alle compagnie tecnologiche. Mentre gli Stati sono coloro che decidono in ultima istanza il ruolo da riconoscere alle orga-

46 Cfr. F. Balaguer Callejón, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit. La Commissione europea sta facendo il possibile per promuovere la cooperazione degli Stati in questi ambiti. Sul punto, cfr. la Comunicazione della Commissione su ulteriori misure di risposta alla COVID-19, del 28 ottobre 2020: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/ES/COM-2020-687-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

nizzazioni internazionali e sovranazionali (nell'ambito globale o in quello europeo, nel nostro caso), gli attori globali non sono sottomessi alle decisioni degli Stati o comunque non nella stessa misura. Al contrario, gli attori globali competono con gli Stati e ne sviscerano l'autorità. Nonostante possano aiutarli in questioni specifiche (come è successo con i sistemi di controllo della estensione della pandemia) fanno comunque valere i propri interessi dinanzi agli Stati e sottopongono gli stessi alle proprie condizioni, le quali mirano esclusivamente al rendimento economico e normalmente non tengono conto né degli interessi pubblici né dei diritti costituzionali della cittadinanza.

Lo Stato non uscirà rafforzato da questa crisi proprio perché gli attori globali hanno limitato il suo potere nel contesto della globalizzazione. Da un lato, gli speculatori finanziari, i quali si stanno già muovendo per approfittare della nuova crisi economica. Dall'altro lato, le grandi compagnie tecnologiche, che hanno aumentato la loro presenza nell'economia e nella vita sociale in maniera straordinaria sin dall'inizio della crisi sanitaria. Questi attori globali (compagnie tecnologiche e speculatori finanziari) non solo non subiranno perdite a causa della crisi ma godranno di una crescita significativa.

Le grandi compagnie tecnologiche hanno acquisito un rilevante ruolo da protagoniste in questa crisi. E ciò non solo fornendo strumenti di comunicazione tra la popolazione isolata a causa del coronavirus, ma anche favorendo formule di telelavoro che ci si è visti costretti a predisporre in alcuni settori come l'educazione, ovviamente in funzione dell'impossibilità di svolgere le attività in presenza. Per dimostrare ciò, basti evidenziare come la recente pubblicizzazione dell'efficacia del 90% di un vaccino ha provocato una caduta in borsa delle compagnie tecnologiche⁴⁷ che evidenzia fino a che punto abbiano tratto beneficio dalla pandemia e cosa possa significare per le stesse un ritorno alla normalità (per quanto questa normalità non sarà mai più quella di prima e queste compagnie continueranno a godere di questa rilevante crescita).

Dall'altra parte, le grandi compagnie tecnologiche hanno fornito ai governi strumenti di localizzazione finalizzati al controllo dell'estensione dell'epidemia. Un aiuto che probabilmente renderà ancora più complessi i

47 Cfr. "The largest technology stocks, seen both as safe bets during the economic crisis and beneficiaries of a work-and-play-from-home environment during the pandemic, were sharply lower and helped drive the late pullback. Amazon fell 5 percent, Apple was 2 percent lower, and Microsoft fell more than 2 percent. The Nasdaq composite fell 1.5 percent", in "New York Times", 10 novembre 2020: <https://www.nytimes.com/live/2020/11/09/business/us-economy-coronavirus/stocks-jump-but-fall-short-of-a-record-as-pfizers-vaccine-news-adds-to-an-election-rally>.

controlli già particolarmente deboli dei governi su queste compagnie⁴⁸. Se confrontiamo le lesioni ai diritti, generate dalle applicazioni progettate dalle grandi compagnie tecnologiche con le limitazioni dei diritti che discendono dalle misure di distanziamento sociale adottate dagli Stati, possiamo comprendere meglio i rischi che questi attori globali stanno generando. I limiti costituzionali che si applicano agli Stati in relazione con le limitazioni di diritti richieste per il controllo della pandemia difficilmente potranno essere applicati per impedire le lesioni ai diritti che le compagnie tecnologiche possono generare.

Le misure adottate nell'ambito della situazione emergenziale dai vari paesi si muovono all'interno di quelle che nella teoria delle fonti del diritto sono state tradizionalmente definite norme *contra legem* tipiche delle situazioni di necessità, anche se in alcuni casi, come quello della Spagna, le stesse sono oggetto di una specifica regolamentazione costituzionale, nonostante la stessa si presenti lacunosa e inadeguata dinanzi ad una crisi sanitaria dalle dimensioni storiche come quella attuale⁴⁹. Queste misure hanno un carattere provvisorio, godendo di una limitata validità dal punto di vista temporale, presentandosi quindi quali norme incomplete che devono decadere una volta finita la situazione d'emergenza. Sono, inoltre, norme sottomesse al principio di proporzionalità e che proprio sulla base di quest'ultimo possono essere controllate in via sia politica che giurisdizionale.

Al contrario, è evidente la difficoltà di controllare le applicazioni in rete progettate dalle compagnie tecnologiche, a differenza di quanto accade con le misure di distanziamento sociale adottate dagli Stati per lottare contro la pandemia. La componente tecnica è qui prevalente e rende enormemente più complesso qualsiasi controllo giurisdizionale, così come il rispetto del principio di proporzionalità. Per quanto riguarda il suo carattere provvisorio, mentre le limitazioni dei diritti stabilite dagli Stati termineranno in maniera percepibile, almeno quando l'epidemia sarà sotto controllo, non succederà lo stesso con le lesioni dei diritti che possono prodursi a causa

48 Come suggerisce D. Acemoglu: "Conforme más y más de estas tecnologías comienzan a parecer indispensables, las empresas privadas detrás de ellas acumularán más poder; y en ausencia de una alternativa estatal viable, es posible que la gente no se lo cuestione demasiado. Las mismas compañías, claro está, seguirán recopilando datos personales y manipulando la conducta de los usuarios, pero tendrán todavía menos de qué preocuparse en relación con el Gobierno, convertido en una especie de auxiliar servil de Silicon Valley"; Acemoglu, D., "*Modelo de vigilancia chino, servidumbre tecnológica o volver a lo de antes: ¿qué Estado de bienestar queremos tras la pandemia?*", in "El País", 5 luglio 2020.

49 Cfr. V. Álvarez García, F. Arias Aparicio, E. Hernández Díez: *Lecciones jurídicas para la lucha contra la pandemia*, cit, pp. 25 ss.

delle applicazioni progettate dalle compagnie tecnologiche. Sappremo in maniera chiara quando potremo tornare a viaggiare, smettere di usare le mascherine o riaprire determinate attività commerciali. Ma non sappiamo se le applicazioni progettate in funzione della crisi sanitaria continueranno ad elaborare e raccogliere i nostri dati a favore delle compagnie tecnologiche anche quando la crisi sarà finita.

La generale difficoltà di porre in essere un controllo è uno dei fattori che sta favorendo lo sviluppo di queste compagnie, uno sviluppo che con la crisi è aumentato in maniera straordinaria. Per farci un'idea della dimensione che queste compagnie tecnologiche stanno acquisendo sulla scorta della crisi sanitaria e delle trasformazioni che sta generando nell'economia mondiale, basti indicare che, alla fine di luglio 2020, Apple o Amazon avevano una quotazione in borsa (rispettivamente di 1,61 e 1,49 bilioni di dollari) superiore al PIL della Spagna (1,42 bilioni di dollari). Se a queste due uniamo la quotazione in borsa di Google (Alphabet, 1,03 bilioni di dollari), tutte e tre superavano il PIL della Germania (3,96 bilioni di dollari)⁵⁰. Solo un mese dopo, alla fine di agosto, Apple è diventata la prima compagnia statunitense a superare i due bilioni di dollari di capitale in borsa (2,13 bilioni), superando da sola il PIL dell'Italia (2,10 bilioni)⁵¹.

Le conseguenze di questa accumulazione di potere economico le vedremo nel futuro, ma può già considerarsi enorme il potere sociale e politico che queste e altre compagnie hanno acquisito grazie alla raccolta di dati personali, fattore che determina una grande capacità di influenza sociale e ha permesso di intervenire nella sfera politica svolendo in maniera significativa il potere di alcuni Stati, come nel caso del loro stesso paese di origine, gli Stati Uniti.

6. Lezioni per il futuro

In futuro, la gestione delle crisi a livello internazionale e sovranazionale non dipenderà solo dalle buone intenzioni degli Stati volte a rafforzare i meccanismi capaci di favorire una soluzione più rapida ed efficiente alle crisi che si genereranno. Gli Stati dovranno concedere più competenze alle organizzazioni internazionali e rendere possibile una gestione coordinata tra queste e gli Stati medesimi, tenendo conto di tutti gli aspetti rilevan-

50 La quotazione di borsa raggiunta il 23 luglio 2020. Cfr. M.A. García Vega, *FAANG: el acrónimo más caro de la historia*, in "El País", 25 luglio 2020.

51 Cfr. S. Corona, I. Fariza, *Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia*, in "El País", 23 agosto 2020.

ti della crisi e non solamente di quelli strettamente sanitari. In definitiva, riconoscere la capacità di sviluppare una specie di diritto emergenziale a livello internazionale, cosa che sembra molto lontana dalle pretese degli Stati che esercitano un'influenza a livello globale. Se teniamo conto della situazione geopolitica attuale, è evidente che una minima cooperazione tra gli Stati più influenti, Stati Uniti e Cina, è imprescindibile, soluzione che è stata notoriamente ostacolata dall'amministrazione Trump ma che speriamo possa risultare possibile con l'Amministrazione Biden.

L'evoluzione dell'ultimo decennio nelle relazioni del potere globale, ci permette di evidenziare una rapida crescita della Cina, da considerarsi un attore indiscusso della scena internazionale da dover tener presente in vista di qualsiasi tipo di accordo rilevante. È dal 2014 che la Cina occupa una posizione economica leader nel mondo, se misuriamo il suo PIL a parità di potere d'acquisto (in termini di PIL nominale, gli Stati Uniti continuano ad essere la prima potenza economica al mondo) e sta ampliando la sua sfera di influenza dall'ambito militare a quello culturale, passando attraverso la cooperazione con un elevato numero di paesi con cui ha instaurato alleanze economiche e politiche fondate nella sua tradizionale, almeno fino ad ora, "soft diplomacy". Le previsioni possono essere più o meno affidabili, ma se la situazione dovesse tornare alla normalità anteriore alla crisi sanitaria, in alcuni anni la Cina dovrebbe arrivare ad assumere una posizione economica di gran lunga superiore a quella degli Stati Uniti⁵². È certo che la crisi sanitaria non rallenterà questa tendenza se teniamo conto che per l'anno 2020 è prevista una contrazione dell'economia nordamericana del 4,3%, mentre il PIL della Cina crescerà dell'1,9%, qualcosa di insolito in un anno nel quale l'economia mondiale subirà una contrazione di circa il 4,4%⁵³.

52 Gli Stati Uniti si vedrebbero superare anche dall'India come seconda potenza mondiale. Circa queste previsioni economiche, cfr. Rapporto di PricewaterhouseCoopers, marzo 2006, *The World in 2050. How big will the major emerging market economies get and how can the OECD compete*, in <http://www.pwc.com/gx/en/world2050/pdf/world2050emergingeconomies.pdf>; Rapporto di PricewaterhouseCoopers del marzo 2008, *The World in 2050. Beyond the BRICs: A broader look at emerging market growth prospect*, in http://www.pwc.com/gx/en/world2050/pdf/world_2050_brics.pdf; Rapporto di PricewaterhouseCoopers del gennaio 2011, *The World in 2050. The accelerating shift of global economic power: challenges and opportunities*, in <http://www.pwc.com/gx/en/world2050/theacceleratingshiftofglobaleconomicpower.html>; *Looking to 2060: LongTerm Global Growth Prospects*, OECD Economic Policy Papers, 3 novembre 2012.

53 Cfr. <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/09/30/world-economic-outlook-october-2020>.

Il fatto che un paese come la Cina possa avere una posizione di supremazia nel mondo risultava preoccupante già nel 2014, considerato che si tratta di uno Stato non democratico e nel mondo moderno questa posizione è stata fino ad ora occupata esclusivamente da Stati democratici. Un aspetto fondamentale non perché le politiche che questi paesi hanno sviluppato all'esterno dei loro confini possano considerarsi sempre condivisibili, basti ricordare l'ultima avventura in cui l'Amministrazione Bush coinvolse mezzo mondo, ovvero la guerra in Iraq e le sue nefaste conseguenze successive. Ma dopo Bush è arrivato Obama (e dopo Trump è arrivato Biden) e questa è la grandezza delle democrazie, cioè la loro capacità di imparare dagli errori e correggerli.

Per fortuna, alle elezioni presidenziali del 3 novembre, gli Stati Uniti hanno corretto l'enorme errore che ha causato l'Amministrazione Trump per la salute democratica interna e la loro posizione nel mondo. L'Amministrazione Trump ha provocato una rinuncia alla leadership degli Stati Uniti in cambio della protezione alle sue compagnie tecnologiche, poiché nient'altro ha significato il motto "America first". La pressione fatta sugli Stati europei affinché non si applicasse la celebre tassa "google" è una delle sue manifestazioni più evidenti⁵⁴. Ma ci sono molti altri esempi, specialmente in relazione alla Cina, considerato che l'Europa può pregiudicare le compagnie tecnologiche nordamericane solo tramite controlli e regolamentazioni, qualcosa che sicuramente gli Stati Uniti temono. Ma la Cina compete direttamente con quelle compagnie tecnologiche attraverso le sue, che stanno vivendo un'espansione fuori dai suoi confini.

Il caso Huawei è paradigmatico, nonostante non sia l'unico, considerato che l'Amministrazione Trump è arrivata a proibire il *download* dell'applicazione TikTok negli Stati Uniti temendo che la compagnia cinese che l'ha progettata potesse ottenere attraverso la stessa i dati degli utenti statunitensi⁵⁵. L'Amministrazione Trump conosce bene il problema perché TikTok e Huawei potrebbero fare (soprattutto la seconda qualora si estenda la rete 5G e si utilizzi la sua tecnologia) lo stesso che fanno le compagnie tecnologiche statunitensi in tutto il mondo: ledere i diritti degli utenti, ottenere i loro dati personali violando i loro diritti fondamentali, utilizzarli per otte-

54 È stata costante la minaccia di ritorsioni da parte degli Stati Uniti qualora si fosse approvata questa misura fiscale. Cfr. P. Guimón, L. Pellicer, *Estados Unidos rompe las negociaciones con Europa para una 'tasa Google' global*, in "El País", 17 giugno 2020.

55 Tuttavia, il divieto è stato sospeso, al momento, da parte di un giudice federale. Cfr. P. Ximénez de Sandoval, *Un juez impide al Gobierno de Trump vetar a TikTok en Estados Unidos*, in "El País", 28 settembre 2020.

nere benefici significativi attraverso la loro vendita ad altre compagnie ed elaborarli tramite algoritmi dalle più varie finalità commerciali⁵⁶.

Dal punto di vista della protezione dei diritti costituzionali ci si aspetterebbe una maggiore sensibilità dell'Amministrazione nordamericana rispetto a quella della Cina in relazione al controllo delle attività delle compagnie tecnologiche. Tuttavia, l'esperienza dimostra come non vi sia stata sensibilità neanche al momento di proteggere i diritti costituzionali della cittadinanza nordamericana. È molto preoccupante ciò che a partire dal 2016 sappiamo circa il modo in cui queste compagnie stanno abusando della loro posizione di monopolio per violare i diritti costituzionali a livello globale. Dopo le elezioni presidenziali nordamericane del 2016 e la salita al potere di un personaggio tanto peculiare come Donald Trump, si può di certo affermare che il reale motto della sua Presidenza non sia stato "America First" ma "American Tech Companies First".

Gli Stati Uniti sono stati sensibilmente indeboliti dall'amministrazione Trump e questo contrasta fortemente con la situazione della Cina. Per quanto riguarda quest'ultima, sono le sue compagnie tecnologiche che si sottomettono agli interessi generali della Cina come paese. La reale tensione nel mondo non nasce tanto tra Cina e Stati Uniti ma tra le compagnie tecnologiche nordamericane e la Cina, che opera in veste di un attore globale tramite strategie tipiche più di una grande compagnia commerciale che di uno Stato.

Queste strategie concedono alla Cina un vantaggio sugli Stati Uniti nel contesto della globalizzazione. La lotta per l'egemonia digitale è destinata ad essere molto complicata e senza dubbio non ci sarà un vincitore. La penetrazione di entrambi i paesi nelle loro strutture economiche e tecnologiche è molto importante e le perdite sarebbero enormi per entrambi se si dichiarasse apertamente un conflitto. Qualunque sia il risultato, ciò che è evidente è che i nostri diritti costituzionali e le nostre strutture politiche continueranno ad essere sottomesse ad agenti esterni che ledono il sistema democratico, condizionano le politiche pubbliche e violano in maniera sensibile i diritti fondamentali. Per quanto le compagnie tecnologiche sembri-

56 È sorprendente che mentre Facebook nel 2012 comprava Instagram per 1.000 milioni di dollari, nel 2014 pagava poco meno di 19.000 milioni di dollari per WhatsApp senza che quest'ultima compagnia, come afferma *The Economist*, nonostante l'elevato prezzo pagato da Facebook, generi ricavi. Nonostante il testo non si pronunci in merito alle possibili ragioni, è evidente che la motivazione economica, non basandosi sulla pubblicità, dipenda da altri interessi di Facebook e non è difficile capire quali siano questi interessi. Cfr. *Dismembering Big Tech*, in "The Economist", 24 ottobre 2019.

no aver appreso dagli errori del passato e, per quello che sappiamo fino ad ora, hanno assunto un atteggiamento neutrale e positivo nelle elezioni del 3 novembre 2020, è certo che al di là di evitare interferenze nel processo elettorale statunitense, la loro attitudine continua ad essere la stessa in molti altri ambiti in cui rappresentano un pericolo per i diritti e la democrazia. Un pericolo che si estende anche alla lotta contro le pandemie, contribuendo a diminuire la fiducia nelle istituzioni e nella scienza⁵⁷.

La lotta per l'egemonia digitale e la competenza nell'ambito economico, sempre più a favore della Cina, renderà complessa la capacità di trovare accordi con gli Stati Uniti anche sotto l'Amministrazione Biden. Tuttavia, lo spirito democratico e di dialogo del nuovo Presidente farà sì che gli Stati Uniti tornino da protagonisti nella scena internazionale e promuovano accordi che in futuro permetteranno una gestione più adeguata delle pandemie di livello globale. Il suo impegno per la protezione dell'ambiente, la sua preoccupazione per l'estensione della pandemia durante il mandato di Trump e la sua attenzione prioritaria verso la protezione della vita e della salute sono segnali inequivocabili di come le relazioni internazionali siano destinate a cambiare e come ciò darà vita ad un futuro di speranza.

Per quanto riguarda l'Unione europea ci sono alcune questioni che possono compromettere un'ampliamento delle sue competenze e della sua capacità di gestione delle crisi che potrebbero verificarsi in futuro. In primo luogo, l'Unione europea non è presente nella battaglia per la supremazia in materia digitale. Basti ricordare che, delle prime otto compagnie al mondo quotate in borsa, sette sono compagnie tecnologiche, cinque delle quali americane e due cinesi (Apple, Amazon, Microsoft, Alphabet/Google, Facebook, Alibaba e Tencent, in quest'ordine)⁵⁸ e nessuna europea. Il dibattito intorno al 5G evidenzia l'incapacità dell'Europa in questo ambito, nel quale si vede costretta a dover scegliere tra alternative che non rispondono agli interessi dell'Europa.

57 "Trust in institutions is eroding. Governments, scientists, the media, public health, health systems and health workers in many countries are facing a breakdown in public trust that is threatening their ability to function effectively. The situation is exacerbated by misinformation that can hinder disease control communicated quickly and widely via social media". Global Preparedness Monitoring Board, *A world at risk. Annual report on global preparedness for health emergencies*, settembre 2019, cit., p. 15.

58 L'unica di natura non tecnologica delle prime otto, che occupa il secondo posto, è Saudi Aramco. Cfr. S. Corona, I. Fariza, *Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia*, cit.

Il fatto che l'Unione europea sia assente nel mondo digitale è di grande rilievo per il processo di integrazione. Si tratta di un ambito di crescente tensione del processo di globalizzazione nel quale si sta decidendo il futuro delle economie nazionali e il riparto di potere nel mondo. La crisi sanitaria non solo non ha interrotto questo processo ma lo ha addirittura favorito. La forza sempre maggiore delle compagnie tecnologiche e la loro incidenza nei processi comunicativi non è qualcosa di estraneo alla crisi sanitaria in quanto, nonostante sia stato fornito aiuto agli Stati nella gestione della pandemia tramite alcune applicazioni, sono state potenziate anche attraverso altri fattori, quelli relazionati con i social network, la perdita di credibilità delle istituzioni e delle risposte scientifiche alla pandemia, svilendo l'efficacia dell'azione statale. La Commissione europea ha espresso la necessità di controllare questi processi comunicativi per evitare la diffusione di informazioni false che complichino la lotta contro la pandemia⁵⁹.

La gestione delle crisi sanitarie che potrebbero verificarsi in futuro richiede una maggiore integrazione e un più efficace ambito di competenze dell'Unione europea, non solo in relazione con la protezione della salute ma, soprattutto, con la capacità di operare di fronte a situazioni di emergenza tramite l'attribuzione di funzioni specifiche in questo ambito, sottomesse naturalmente ai principi che reggono il diritto dell'emergenza: provvisorietà, rispetto del principio di proporzionalità e permanenza dei controlli politici e giurisdizionali.

59 “Una comunicazione efficace è fondamentale in qualsiasi risposta alle crisi di sanità pubblica. Il successo o il fallimento della risposta alle pandemie dipende in larga misura dall'impegno della comunità, dal comportamento individuale e dal rispetto delle raccomandazioni sanitarie. È pertanto indispensabile un impegno di comunicazione costante per tenere i cittadini al corrente dell'evoluzione epidemiologica e delle eventuali misure restrittive, che, perché si possano incoraggiare i cittadini a rispettarle, devono essere coerenti e chiare. Questo è vieppiù importante dato il rischio di un “logorio da pandemia”, associato a una sempre maggiore riluttanza a rispettare precauzioni quali il distanziamento fisico e a limitare le interazioni sociali. Occorre fare tutto il possibile affinché una comunicazione mirata raggiunga i segmenti della popolazione più vulnerabili e quelli che presentano maggiori probabilità di diffondere la malattia attraverso l'interazione sociale. Le informazioni devono essere chiare, coerenti e aggiornate. Particolare attenzione dev'essere prestata al monitoraggio dei social media e alla risposta ai messaggi che ospitano. La vaccinazione è un settore nel quale le autorità pubbliche devono agire con maggiore incisività per combattere la cattiva informazione, che è uno dei 7 fattori che più inducono ad esitare sui vaccini, e per coordinare la risposta alla disinformazione”. cfr. la *Comunicazione della Commissione su ulteriori misure di risposta alla COVID-19*, del 28 ottobre 2020, cit., pp. 6 e 7.

7. Conclusioni

La crisi sanitaria ha coinciso con un periodo di estrema debolezza dello Stato e del diritto costituzionale, derivato dalle crisi precedenti che si sono prodotte nel XXI secolo, le quali hanno accentuato il deterioramento del potere statale dinanzi agli attori globali nel terreno economico e nei processi comunicativi che definiscono lo spazio nazionale della politica. La relazione tra costituzione e Stato dà vita alla profonda crisi di un Diritto costituzionale che nel mondo moderno è stato costruito intorno allo Stato e che soffre le conseguenze della crescente debolezza di quest'ultimo. Le crisi del XXI secolo si sono sviluppate al di là dei ristretti confini statali e la loro soluzione non è dipesa né dallo Stato né dalla costituzione statale. Al contrario, la costituzione è stata troppo spesso percepita come un ostacolo, più che come un canale per la soluzione dei problemi che la globalizzazione ha generato nel XXI secolo, il quale potrebbe definirsi, fino ad ora, un secolo "acostituzionale". In parte ciò si deve al fatto che, nel contesto della globalizzazione, la costituzione, che proietta un'immagine di libertà e diritti, promette di più di ciò che può effettivamente realizzare.

Nonostante lo Stato sembri aver recuperato il potere di un tempo con la crisi sanitaria, e precisamente per la necessità di far fronte alla pandemia, è certo che la crisi sanitaria non lascia immaginare un ritorno alla pienezza della sovranità statale e un freno alla globalizzazione, ma un avanzamento nelle tendenze generate dalla globalizzazione nel XXI secolo, con una maggiore dipendenza degli Stati dagli attori tecnologici ed economici globali. Il fallimento delle organizzazioni sovranazionali e internazionali nel controllo della propagazione del virus non è altro che un riflesso del fallimento degli stessi Stati, poiché questi ultimi non competono con queste organizzazioni ma al contrario le controllano e decidono la portata della loro possibilità di intervenire.

Se gli Stati avessero riconosciuto in materia maggiori competenze di coordinamento alle organizzazioni internazionali e sovranazionali, il controllo dell'epidemia sarebbe stato molto più efficace. È stata proprio la mancanza di questa cooperazione ciò che ha obbligato gli Stati ad attuare come ultima risorsa in condizioni già molto difficili e senza avere un'idea precisa della direzione che dovevano dare alle loro politiche. Questo disorientamento è stato ancora più evidente negli Stati governati da leader populistici, dove la scelta di non intervenire da parte dello Stato ha contribuito ad aggravare la propagazione del virus e i suoi effetti letali.

Gli Stati non competono con le organizzazioni sovranazionali e internazionali, ma sì competono con le grandi compagnie tecnologiche, che

dovrebbero controllare per evitare la massiccia violazione dei diritti a cui stanno dando luogo negli ultimi anni. Tuttavia, la crisi sanitaria ha aumentato in maniera straordinaria il potere di queste compagnie e anche la dipendenza degli Stati per le loro applicazioni finalizzate a combattere in maniera efficace la pandemia. Questa evoluzione non può che compromettere il diritto costituzionale, a causa del rafforzamento del potere sociale e politico delle grandi compagnie tecnologiche, le quali conquisteranno una posizione ancora più forte per evitare il controllo e la regolamentazione delle loro attività da parte degli Stati e delle organizzazioni sovranazionali.

La risposta internazionale alla crisi si è vista ostacolata dalla tensione a cui l'Amministrazione Trump ha sottomesso le relazioni tra Cina e Stati Uniti, così come per lo stesso atteggiamento che questa amministrazione ha avuto in relazione al controllo della pandemia e con l'OMS. È auspicabile che l'Amministrazione Biden favorisca una maggiore cooperazione internazionale in materia. Una cooperazione che deve fondarsi non solo sul potenziamento delle facoltà dell'OMS in materia sanitaria ma anche sulla collaborazione con altre organizzazioni internazionali, soprattutto alla luce della complessa realtà proiettata da una crisi sanitaria di dimensioni tanto estese come quella attuale.

Per quanto riguarda l'Unione europea, sarebbe utile ampliare le sue competenze in futuro, non solo in materia di salute (la promozione di una "Unione sanitaria europea" è un passo positivo in questo senso) ma anche e soprattutto nella gestione delle emergenze, facendo sì che l'Unione possa coordinare gli sforzi degli Stati con una regolamentazione che abbracci tutti gli ambiti in cui sia necessario intervenire per far fronte alla crisi, al di là di quello sanitario. Questa regolamentazione non potrebbe che essere sottomessa ai principi del diritto dell'emergenza: provvisorietà, proporzionalità e controllo politico e giurisdizionale.

MARIA EUGENIA BARTOLONI

LA COMPETENZA DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI SANITÀ PUBBLICA ALLA PROVA DELL'EMERGENZA PANDEMICA DA COVID-19

1. Premessa

La pandemia da Covid-19 ha avuto, e sta tuttora determinando, un impatto significativo sugli ordinamenti degli Stati membri e su quello dell'Unione europea: le basi del mercato interno sono state scosse, con limitazioni senza precedenti alla libertà di circolazione; gli Stati membri hanno reagito all'emergenza riprendendo il controllo sulle proprie frontiere; le regole sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato hanno subito deroghe e modifiche; il principio di solidarietà è stato messo alla prova e ha rivelato nuove possibilità applicative; i meccanismi dell'Unione economica e monetaria hanno mostrato la tensione tra l'approccio intergovernativo e il metodo comunitario, con un notevole pregiudizio per la loro efficacia.

In questo quadro, ancora in fase di definizione, l'Unione europea si è fatta promotrice di diverse iniziative tese a salvaguardare le differenti dimensioni nelle quali si manifesta l'integrazione europea, adottando – tra gli altri – provvedimenti mirati sia a ripristinare il funzionamento del mercato interno¹, che a

1 Comunicazione della Commissione, *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne*, in G.U.U.E. 15 maggio 2020, C 169 p. 30 ss. V., sull'argomento, P. Mariani, *Gli effetti della pandemia sul mercato interno europeo: l'azione degli Stati e la risposta dell'Unione*, in P. Acconci, E. Baroncini (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione – Una prospettiva italiana*, Dipartimento di scienze giuridiche, AMS Acta – AlmaDL, Università di Bologna, 2020, p. 341; L. Pantaleo, *La libera circolazione dei prodotti farmaceutici e sanitari all'interno dell'Unione Europea. Riflessioni a margine della pandemia da Covid-19*, P. Acconci, E. Baroncini (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione – Una prospettiva italiana*, cit., p. 355; A. Arena, *Restrizioni COVID-19, mercato unico, situazioni puramente interne*, in A.A. V.V., *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in "Eurojus", 2020, reperibile su <http://rivista.eurojus.it/lemergenza-sanitaria-Covid-19-e-il-diritto-dellunione-europea-la-crisi-la-cura-le-prospettive/>.

tutelare gli investimenti e l'occupazione², anche con riguardo all'impatto del Covid-19 sulla regolamentazione del commercio internazionale³. Quanto alla sospensione generalizzata del sistema Schengen da parte degli Stati membri attraverso l'introduzione di controlli alle frontiere e le drastiche limitazioni

- 2 Regolamento (UE) n. 2020/460 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020 che “modifica i Regolamenti (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013 e (UE) n. 508/2014 per quanto riguarda misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di Covid-19 ([i]niziativa di investimento in risposta al coronavirus)” (G.U.U.E. 31 marzo 2020 L 99, p. 5 ss.); Regolamento (UE) n. 2020/558 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2020 che “modifica i Regolamenti (UE) n. 1301/2013 e (UE) n. 1303/2013 per quanto riguarda misure specifiche volte a fornire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta all'epidemia di Covid-19” (G.U.U.E. 24 aprile 2020 L 130, p. 1 ss.); Regolamento (UE) n. 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020 che “istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19” (G.U.U.E. 20 maggio 2020 L 159, p. 1 ss.). V., in relazione al tema delle misure adottate dalla Commissione Europea nel quadro delle politiche di coesione dell'Unione Europea per garantire il mantenimento dei livelli occupazionali, A. Perfetti, *La Common Response Investment Initiative: politica di coesione dell'Unione Europea e tutela del lavoro nell'emergenza Covid-19*, in P. Acconci, E. Baroncini (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione*, cit., p. 389 e I. Pavone, *European Solidarity in the Age of Covid-19: The SURE Instrument*, P. Acconci, E. Baroncini (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione – Una prospettiva italiana*, cit., p. 403. Cfr., inoltre, R. Baratta, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da COVID-19: è attuale il principio di solidarietà nell'unione europea?*, in “SIDI Blog”, 9 aprile 2020; F. Costamagna, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 ('SURE'): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in “SIDI Blog”, 5 aprile 2020; G. Morgese, *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in A.A. V.V., *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in “Eurojus”, 2020, p. 77.
- 3 Cfr. E. Baroncini, *L'emergenza Covid-19: l'approccio dell'Unione Europea alle restrizioni all'esportazione e al rinnovamento della “governance” degli scambi internazionali per gli “healthcare products”*, in P. Acconci, E. Baroncini (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione*, cit., p. 311. L'A., in particolare, prendendo le mosse dalla recessione economica cui il Covid-19 ha dato avvio, analizza la disciplina emergenziale adottata dalla Commissione Europea e le possibili modalità di collaborazione fra quest'ultima e gli altri attori del commercio internazionale (primi fra tutti, il G-20 e l'OMC).

alla mobilità interna e internazionale⁴, la Commissione ha emanato delle linee guida le quali, oltre ad includere raccomandazioni finalizzate ad un approccio integrato o coordinato, chiariscono anche i parametri di conformità al diritto dell'Unione delle misure nazionali restrittive⁵. Su questo terreno si è mosso anche il Parlamento Europeo che, nell'indicare che “i controlli alle frontiere e le restrizioni alla circolazione devono rimanere proporzionati ed eccezionali”, ha suggerito che “le future azioni degli Stati membri siano guidate dal principio fondante dell'Unione di solidarietà e di leale cooperazione”⁶. Meritano un cenno, oltre alle misure volte all'adattamento della politica di concorrenza all'attuale scenario di mercato⁷, anche i provvedimenti di contenimento del pregiudizio economico dell'Eurozona derivante dal blocco delle attività nei Paesi membri riguardati dall'epidemia adottate dalla BCE⁸.

- 4 V., tra gli altri, S. Montaldo, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, in European, in “European Papers – European Forum”, 25 Aprile 2020, p. 523, L. Marin, *The COVID-19 Crisis and the Closure of External Borders: Another Stress-test for the Challenging Construction of Solidarity Within the EU?*, in “European Papers – European Forum”, 28 Aprile 2020, p. 1.
- 5 V. C(2020) 1753 final, 16 marzo 2020, *COVID-19 Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali* (2020/C 86 I/01). Per un commento, v. D. Thym, *Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal*, in “Verfassungblog”, 19 Marzo 2020; G. Caggiano, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in Sezione “Coronavirus e diritto dell'Unione” de “I Post di AISDUE”, 30 aprile 2020, p. 72.
- 6 Risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze.
- 7 Quanto al *rilassamento* del divieto di aiuti di Stato, v. la Comunicazione della Commissione, del 4 aprile 2020, sulla modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 (2020/C 112 I/01) in G.U.U.E. 4 aprile 2020, p. 1. Quanto all'applicazione delle regole *antitrust*, v. la Comunicazione della Commissione dell'8 aprile 2020, quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di *antitrust* relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di Covid-19 (2020/C 116 I/02), in G.U.U.E. C, n. 116I, dell'8 aprile 2020, p. 7. In argomento, v. P. Manzini, *Emergenza e concorrenza*, in Sezione “Coronavirus e diritto dell'Unione” de “I Post di AISDUE”, 15 aprile 2020; L. Calzolari, *L'influenza del COVID-19 sulla politica di concorrenza: difese immunitarie o anche altro?*, in “SIDI Blog”, 26 aprile 2020; F. Costa-Cabral, L. Hancher, G. Monti, A. Ruiz Feases, *EU Competition Law and COVID-19*, TILEC Discussion Paper No. DP2020-007.
- 8 Cfr. la Decisione (UE) n. 2020/440 della Banca centrale europea del 24 marzo 2020, su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemi-

Le molteplici iniziative dell'Unione europea, tuttavia, sia per il carattere emergenziale, che per la natura di *soft law*⁹ che ha assunto la maggior parte dei provvedimenti, hanno sortito un impatto se non limitato, quanto meno discutibile. Gli interventi dell'Unione si sono infatti manifestati, per lo più, attraverso le Comunicazioni della Commissione o le Risoluzioni del Parlamento europeo che, come è noto, sono strumenti non vincolanti che hanno principalmente la funzione di guidare ed orientare la condotta degli Stati membri¹⁰. Nonostante, dunque, il numero e la varietà delle iniziative adottate anche in tempi molto rapidi, la reazione dell'Unione è apparsa non del tutto adeguata¹¹.

Ciò detto, le prossime pagine saranno dedicate a verificare se il *deficit* delle misure, più che un sintomo di *cattiva gestione* dell'emergenza da parte dell'Unione, non sia piuttosto connesso ai limiti ordinamentali del sistema giuridico/normativo dell'UE il quale, come è noto, non dispone di una competenza illimitata, ma di poteri che si fondano sul principio di attribuzione. In questa, in parte, differente prospettiva, si intende esaminare il carattere della competenza dell'Unione in tema di sanità pubblica e, più in generale, di tutela alla salute, verificando se, ed in che misura, i limiti di siffatta competenza abbiano inciso sulla sua capacità di reazione.

ca, in G.U.U.E. 25 marzo 2020, L, n. 91, p. 1; v., inoltre, l'Indirizzo (UE) n. 2020/515 della Banca centrale europea, del 7 aprile 2020, che modifica l'indirizzo BCE/2014/31 relativo a misure temporanee supplementari sulle operazioni di rifinanziamento dell'Eurosistema e sull'idoneità delle garanzie, in G.U.U.E. 8 aprile 2020, L, n. 110I, p. 26; Decisione (UE) n. 2020/407 della Banca centrale europea, del 16 marzo 2020, che modifica la decisione (UE) 2019/1311 su una terza serie di operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine, in G.U.U.E. 17 marzo 2020, L, n. 80 p. 23. V., in argomento, E. Pistoia, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES "senza condizionalità"*, in Sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione" de I "Post di AISDUE", 28 aprile 2020, p. 55; C. D'Ambrosio, *Dal Meccanismo Europeo di Stabilità ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza Covid-19*, in "Eurojus", 2020, p. 115.

- 9 V., per queste considerazioni, A. Renda, R. J. Castro, *Towards stronger EU governance of health threats after the COVID-19 pandemic*, in "European Journal of Risk", 2020, pp. 1 ss.; A.M. Paccès, M. Weimar, *From diversity to coordination: A European approach to Covid19*, in "Amsterdam Law School Research Paper", n. 10, 2020, 15 aprile 2020.
- 10 V., sul punto, G. Caggiano, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, cit., pp. 75 ss.
- 11 V., per queste riflessioni, F. Munari, L. Calzolari, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall'ennesimo travaglio di un'Unione incompiuta*, in "Eurojus", 2020, p. 16.

2. *L'articolata ripartizione delle competenze in materia sanitaria tra Unione europea e Stati membri*

La politica sanitaria esemplifica efficacemente la difficoltà di ascrivere una determinata *materia* alla competenza dell'Unione o, viceversa, a quella degli Stati membri. Infatti, l'art. 168 TFUE, che rappresenta il principale riferimento normativo in materia, pur riconoscendo una certa rilevanza all'intervento dell'UE in campo sanitario, colloca ancora la politica sanitaria tra le competenze spettanti agli Stati membri in via prioritaria. La formulazione di questa disposizione riflette, da un lato, la varietà (e la delicatezza) degli aspetti, di carattere collettivo e organizzativo, che contraddistinguono la protezione della salute, dall'altro, e forse in maggior misura, proprio la ricerca di una definizione puntuale delle competenze rispettive dell'UE e degli Stati membri in campo sanitario¹².

Nel quadro che ne risulta, il baricentro delle scelte di politica sanitaria è imperniato, in linea di principio, sulle decisioni autonome degli Stati membri, mentre l'azione dell'UE non è destinata a sostituirsi alla competenza nazionale nella gestione e nella prestazione dei servizi sanitari – salvo che in alcuni settori specifici – bensì solo ad offrire un'azione di supporto e di coordinamento. In una logica di sussidiarietà (che pervade l'intero articolo), le iniziative dell'UE sono quindi previste in ordine a problemi rispetto ai quali l'azione individuale degli Stati membri si possa rivelare comparativamente meno efficace di un'azione coordinata tra gli Stati stessi o dell'Unione nel suo complesso (cfr. art. 5, par. 3, TUE).

Nella prospettiva di circoscrivere in modo netto i confini dell'intervento dell'UE va letto l'inserimento di una sorta di *clausola di garanzia* a chiusura dell'articolo, che esprime la volontà politica degli Stati membri di conservare il controllo del settore in esame (art. 168, par. 7, TFUE)¹³. La norma rimarca infatti che è riservata agli Stati membri la definizione della propria politica sanitaria, l'organizzazione dei servizi sanitari e di assisten-

12 Cfr., tra gli altri, T.K. Hervey, C.A. Young, L.E. Bishop (a cura di), *Research handbook on EU health law and policy*, Cheltenham 2017; E. Mossialos, G. Permanand, R. Baeten, T.K. Hervey, *Health Systems Governance in Europe, the Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, pp. 5 ss.

13 Art. 168, par. 7, TFUE: "L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate [...]".

za medica e la gestione delle risorse a tale riguardo, e pone a carico dell'UE l'obbligo di rispettare la sfera di discrezionalità statale così definita¹⁴.

Gli Stati membri mantengono dunque la responsabilità per le scelte fondamentali di natura organizzativa e *lato sensu* politica in campo sanitario, quali le modalità di finanziamento dei sistemi nazionali o l'eventuale decentramento territoriale della gestione e dell'erogazione dei servizi¹⁵. L'azione dell'Unione non è quindi destinata a sostituirsi alla competenza nazionale nel settore in questione, che si manifesta principalmente con il mantenimento di sistemi sanitari nazionali autonomi e con caratteristiche anche molto diverse tra di loro. In altri termini, non sono ipotizzabili forme estese di *integrazione positiva*, quali una riforma organica dei sistemi sanitari nazionali dei Paesi membri in un quadro giuridico armonizzato, né tantomeno la costituzione di un unico sistema sanitario nell'UE, salvo in caso di modifica dei Trattati (e in particolare dell'art. 168, par. 7, TFUE)¹⁶.

Ciò non toglie che le scelte nazionali in materia di politica sanitaria debbano, comunque, essere adottate nel rispetto del diritto primario e secondario dell'UE¹⁷. In numerosi casi, nella giurisprudenza della Corte di

14 Cfr. F. Costamagna, *I servizi socio-sanitari nel mercato europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione di servizi*, Napoli 2011, pp. 6 ss.

15 Su alcuni principi di fondo comuni ai vari sistemi sanitari degli Stati membri dell'UE, nonché su alcune delle principali differenze tra questi ultimi, v. T.K. Hervey, J.V. McHale, *European Union Health Law, Themes and Implications*, Cambridge 2015, pp. 211 ss. Si v. anche il 12° considerando del regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e Consiglio, del 25 ottobre 2012, sulla normazione europea: "rimane di competenza esclusiva degli Stati membri stabilire i principi fondamentali in materia di [...] sistemi sanitari nonché definire le condizioni quadro per la gestione, il finanziamento, l'organizzazione e la consegna dei servizi forniti nel quadro di tali sistemi [...]".

16 Cfr. al riguardo G. Fares, M. Campagna, *La tutela della salute nell'ordinamento comunitario*, in P. Gargiulo (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea*, Napoli 2011, p. 325 ss. Un ulteriore indizio della volontà politica degli Stati membri di limitare l'incidenza di forme di *integrazione positiva* in materia sanitaria emerge, ad esempio, dall'esclusione espressa dei servizi sanitari, intesi in un'ampia accezione, dall'ambito di applicazione dell'art. 2, par. 2, della direttiva n. 2006/123 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. *direttiva servizi*).

17 Con riferimento all'impatto attuale e potenziale del diritto dell'UE e della giurisprudenza dell'UE sui sistemi sanitari nazionali, si rimanda, tra i numerosi approfondimenti sull'argomento, a A. Andreangeli, *Healthcare Services, the EU Single Market and Beyond: Meeting Local Needs in an Open Economy —How Much Market or How Little Market?*, in "Legal Issues of European Integration", 2016, pp. 145 ss., spec. pp. 147 ss.; M. Guy, W. Sauter, *The History and Scope of EU*

giustizia è entrata in considerazione la compatibilità tra diversi aspetti della politica sanitaria nazionale con il diritto dell'UE, e specialmente con i vincoli posti dalle norme sul mercato interno, in definitiva in una prospettiva di "integrazione negativa"¹⁸. Si può però considerare che le sentenze della Corte non abbiano inciso su aspetti fondamentali dell'assetto dei sistemi sanitari nazionali e non abbiano privato essenzialmente gli Stati della sfera di autonomia decisionale in materia di politica sanitaria¹⁹. La prospettiva da cui i giudici dell'UE sembrano muoversi, ossia un rispetto di fondo per i margini di scelta delle autorità degli Stati membri in questo campo, si può cogliere nell'affermazione, non isolata, in base alla quale il diritto dell'UE "non restringe la competenza degli Stati membri ad impostare i loro sistemi di previdenza sociale e ad adottare, in particolare, norme miranti a organizzare ed erogare i servizi sanitari e l'assistenza medica"²⁰, purché ciò avvenga nel rispetto del diritto dell'UE. E meritano di essere notati i richiami talora operati dalla Corte di giustizia a questo specifico riguardo alla clausola di riserva di competenza dell'art. 168, par. 7, TFUE (o al precedente art. 152, par. 5, TCE)²¹.

Health Law and Policy, CCP Working Paper 16-2, 2016, competitionpolicy.ac.uk, spec. p. 15 ss.

- 18 Il fatto che l'UE abbia inciso maggiormente sulle politiche sanitarie degli Stati membri con forme di integrazione negativa, attraverso l'operato della Corte di giustizia, rispetto a forme di integrazione positiva, attraverso atti normativi, è sottolineato ad esempio da T.K. Hervey, *EU Law and National Health Policies: Problem or Opportunity?*, in "Health Economics, Policy and Law", n. 2, 2007, pp. 1 ss., che a questo riguardo rimarca l'esistenza di "*an imbalance – a deficit – between the EU's regulatory powers and its deregulatory powers*", e osserva che "*deregulatory integration is secured by unpredictable acts of private litigation. National regulatory norms, including those aimed at achieving social policy goals, may be removed by the power of EU market law*".
- 19 Cfr. F. Costamagna, *op. cit.*, pp. 224 ss.; F. Niggemeier, *Artikel 168 AEUV*, in H. von der Groeben, J. Schwarze, A. Hatjem (a cura di), *Europäisches Unionsrecht*, III, Baden-Baden, 2015, pp. 1740 ss., a pp. 1775.
- 20 Sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, punto 29; la Corte precisa nel punto successivo che nel valutare il rispetto del diritto dell'UE da parte dello Stato "occorre tenere conto del fatto che lo Stato membro può decidere il livello al quale intende garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Poiché tale livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità".
- 21 Cfr., ad es., le sentenze della Corte di giustizia del 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*, punto 146; del 19 maggio 2009, C-531/06, *Commissione c. Italia*, punto 35; del 1° giugno 2010, cause riunite C-570 e 571/07, *Blanco Pérez e Gómez*, punto 43.

3. Le misure dell'UE di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri a protezione della salute umana

Il carattere eminentemente sussidiario dell'azione dell'Unione in campo sanitario si concretizza, in primo luogo, nell'attribuzione all'UE di competenze ad adottare azioni per sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri per la “tutela e [il] miglioramento della salute umana” (art. 6 TFUE)²². In conformità a quanto stabilito in generale per questa categoria di competenze (art. 2, par. 5, TFUE) l'art. 168 TFUE esclude “qualsiasi armonizzazione” delle legislazioni nazionali e prevede l'adozione di “misure di incentivazione” per proteggere la salute umana (adottate con procedura legislativa ordinaria).

Le “misure di incentivazione” più rilevanti adottate ai sensi dell'art. 168, par. 5, TFUE sono costituite dai programmi di azione, che prevedono il (co)finanziamento di attività degli Stati membri in materia sanitaria²³. Nel quadro di tali programmi, in coerenza con il principio di sussidiarietà, le iniziative finanziabili sono in genere le “azioni aventi un chiaro valore aggiunto dell'Unione”, con l'obiettivo generale di “integrare, sostenere e aggiungere valore alle politiche degli Stati membri”, anche “accrescendo la sostenibilità dei sistemi sanitari”²⁴. Anche diversi atti di natura non vincolante (quali comunicazioni o atti con tenore raccomandatorio)²⁵ rientrano

22 La “tutela e il miglioramento della salute umana” rappresentano infatti il primo dei settori nei quali “[l']Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri” (art. 6, lett. a), TFUE).

23 V., tra gli ultimi, il regolamento (UE) n. 282/2014. Sul tema, v. T. Clemens, K. Michelsen, H. Brand, *Supporting Health Systems in Europe: Added Value of EU Actions?*, in “Health Economics, Policy and Law”, n. 9, 2014, pp. 49 ss., spec. pp. 58 ss.

24 Cfr. l'art. 7, par. 2, lettere a) e b), del regolamento (UE) n. 282/2014, e il 5° *considerando*: “[c]onformemente al principio di sussidiarietà, l'accento dovrebbe essere posto sugli ambiti in cui siano in gioco questioni chiaramente di carattere transfrontaliero o di mercato interno, oppure laddove si possano realizzare vantaggi significativi e una maggiore efficienza nella collaborazione a livello di Unione”. Si v. inoltre il 6° *considerando* per un'elencazione di esempi di iniziative “aventi un valore aggiunto per l'Unione” che possono risultare finanziabili, nel rispetto delle responsabilità degli Stati membri nella definizione della politica sanitaria (7° *considerando*) e dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (36° *considerando*).

25 Cfr., ad es., gli Orientamenti sulle politiche in favore dell'occupazione, nell'Allegato I alla decisione 2015/1848 del Consiglio, del 5 ottobre 2015, in particolare: “Orientamento 8: stimolare l'inclusione sociale, combattere la povertà e promuovere le pari opportunità”, ai sensi del quale, a fronte dei cambiamenti demografici e della maggiore longevità della popolazione, “gli Stati membri dovrebbero mi-

in una più generica opera di orientamento e coordinamento su scala europea delle politiche degli Stati membri.

Un importante esempio di atto adottato ai sensi dell'art. 168, par. 5, TFUE è la decisione 1082/2013, relativa alle minacce per la salute con carattere transfrontaliero²⁶. Si tratta di uno strumento recente, pensato per situazioni di natura eccezionale, ma i cui meccanismi sono stati chiamati ad operare già poco dopo la sua entrata in vigore, in relazione all'emergenza relativa all'epidemia del virus Ebola di fine 2014. L'atto è un modello molto chiaro di come l'UE possa intervenire in questa materia senza intaccare le competenze interne degli Stati membri. La decisione mira infatti a "completare le politiche nazionali"²⁷ e prevede, in questa prospettiva, varie forme di coordinamento dell'azione degli Stati membri (scambi di informazioni, principalmente, e modalità per favorire risposte coordinate e analoghe a possibili epidemie), nel quadro di uno schema di cooperazione che però fa salvo il principio per cui le concrete risposte alla minaccia per la salute restano nella sfera decisionale dei singoli Stati. Le caratteristiche del tipo di competenza in questione risultano chiare dal fatto che la decisione non comporta l'armonizzazione delle discipline nazionali: i casi clinici riconducibili ad un'epidemia sono affrontati sulla base dei protocolli stabiliti dalle autorità statali, senza che vi sia un'armonizzazione dei protocolli medesimi sul piano europeo.

L'azione dell'UE per contrastare minacce gravi per la salute con carattere transfrontaliero si risolve quindi in una attività di collegamento tra Stati membri, Commissione e OMS, come è già avvenuto nel caso dell'emergenza del virus Ebola²⁸.

gliore la qualità, l'accessibilità, l'efficienza e l'efficacia dei sistemi di assistenza sanitaria e di assistenza a lungo termine salvaguardandone nel contempo la sostenibilità".

26 Decisione n. 1082/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, in G.U.U.E. L, n. 293, del 5 novembre 2013, p. 1. La decisione predispone strumenti di sorveglianza epidemiologica, monitoraggio, allarme rapido e lotta contro le gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero (art. 1).

27 Ivi, 1° *considerando*.

28 In particolare, il Comitato di sicurezza sanitaria (composto da rappresentanti degli Stati membri) e il Sistema di allarme rapido e di reazione (su cui v. *infra*), istituiti sulla base della decisione hanno svolto un ruolo rilevante di raccordo e scambio di informazioni tra le autorità sanitarie degli Stati membri tra loro, con la Commissione europea e con l'OMS. Cfr. F. Casolari, *La reazione alla diffusione del virus Ebola: verso un nuovo paradigma nella governance internazionale delle pandemie?*, in L. P. Tronconi (a cura di), *Unione europea e diritto alla tutela della*

4. Segue: i relativi provvedimenti di contrasto al Covid

Il sistema di sorveglianza istituito dalla decisione 1082/2013/UE, che rappresenta quindi il quadro generale di riferimento sulla base del quale l'Unione interviene con misure di sostegno in materia di sanità pubblica, è un meccanismo che sta rivelando le sue potenzialità anche in relazione all'emergenza Covid-19²⁹.

In particolare, attraverso il Sistema di Allarme Rapido e di Reazione, gli Stati membri si scambiano dati relativi all'evoluzione dell'epidemia³⁰ al fine di predisporre una risposta coordinata³¹. Sulla base di tali informazioni, il Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC)³² aggiorna e predispone una analisi di valutazione del rischio che, insieme ai dati nazionali, è utile a coordinare una risposta comune³³.

salute: problematiche giuridiche comparate, in "Quaderni di Sanità pubblica", 2016, p. 177 ss.

29 Si v. P. De Pasquale, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in "DPCE online", n. 2, 2020, p. 2295; V. Salvatore, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuridici e regolatori*, in "DPCE online", n. 2, 2020, p. 2309; F. Rolando, *La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea e la risposta dell'UE all'emergenza Covid-19*, in A.A. V.V., *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in "Eurojus", 2020, cit., p. 1.

30 V. art. 9 della decisione n. 1082/2013, cit.

31 A norma dell'art. 9, par. 3, deve essere comunicata a) la tipologia e l'origine dell'agente patogeno; b) la data e il luogo dell'incidente o del focolaio; c) i mezzi di trasmissione o diffusione; d) i dati tossicologici; e) i metodi di rilevamento e di conferma; f) i rischi per la sanità pubblica; g) le misure di sanità pubblica attuate o che si intendono adottare a livello nazionale; h) altre misure diverse dalle misure di sanità pubblica; i) i dati personali necessari per la ricerca di contatti. Si veda anche la Decisione di esecuzione 2017/253 della Commissione, del 13 febbraio 2017, che stabilisce le procedure per la notifica degli allarmi nell'ambito del sistema di allarme rapido e di reazione istituito in relazione a gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e per lo scambio delle informazioni, la consultazione e il coordinamento delle risposte a tali minacce a norma della decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, in G.U.U.E. L 37, p. 23.

32 V. il regolamento (UE), n. 851/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 con il quale si crea un Centro Europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (*European Centre for Disease Prevention and Control*), in G.U.U.E. L 142, p. 1, www.ecdc.europa.eu.

33 V. l'ultima valutazione dei rischi predisposta dall'ECDC reperibile su: <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/RRA-COVID-19-EU-EEA-UK-thirteenth-update-23-Oct-2020.pdf>. V., inoltre, in relazione al meccanismo

Un comitato per la sicurezza sanitaria (CSS), composto dai rappresentanti degli Stati membri e presieduto da un rappresentante della Commissione, gestisce lo scambio di informazioni tra gli Stati membri e la Commissione e coordina, in collegamento con quest'ultima, la pianificazione della preparazione e della risposta degli Stati membri³⁴. Nell'ambito dell'emergenza COVID-19, il Comitato per la sicurezza sanitaria si è riunito, da gennaio a novembre 2020, più di 40 volte, per discutere le valutazioni del rischio, le linee guida dell'ECDC, le misure di preparazione e risposta attuate, nonché le capacità e le esigenze negli Stati membri³⁵.

Sempre in applicazione della decisione 1082/2013/UE³⁶, ed in raccordo con la complessiva rete di sorveglianza e di monitoraggio da questa istituita, è stato attivato il cd. "Meccanismo unionale di protezione civile"³⁷ attraverso cui, in caso di grave minaccia per la salute, rispetto alla quale le capacità di risposta nazionali si rivelino insufficienti, lo Stato membro può richiedere l'assistenza degli altri Stati dell'Unione. Attraverso il meccanismo di protezione civile, ed in particolare del RescEU³⁸, è stata anche

stabilito dalla decisione 1082/2013 la raccomandazione (UE) 2020/518 della Commissione dell'8 aprile 2020 relativa a un "pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi Covid-19 e uscirne, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'uso di dati anonimizzati sulla mobilità" C/2020/3300, G.U.U.E. L 114 del 14 aprile 2020, pp. 7 ss.; Comunicazione della Commissione "Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della Covid-19" 2020/C 111 I/01, C/2020/2153, G.U.U.E. C 111I del 3 aprile 2020, p. 1 ss.

34 V. l'art. 17 della Decisione 1082/2013, cit.

35 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*, Brussels, 11 novembre 2020 COM(2020) 724 final.

36 V. l'art. 11, par. 4, della decisione n. 1082/2013.

37 Decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013. Il "Meccanismo unionale di protezione civile" ha l'obiettivo di fornire, ai singoli Stati, assistenza su base volontaria, nella prevenzione, nella preparazione e nella risposta alle catastrofi. Tra gli aspetti più rilevanti, nella decisione n. 1313/2013/UE si prevede l'istituzione Centro di coordinamento della risposta alle emergenze (ERCC), gestito dalla Commissione europea.

38 Decisione n. 2019/420 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2019, che modifica la decisione n. 1313/2013/UE su un meccanismo unionale di protezione civile. Si veda anche la decisione di esecuzione n. 2019/1310 della Commissione, del 31 luglio 2019, recante modalità di impiego del pool europeo di protezione civile e di rescEU, in GU L 204, p. 94. Nella decisione 2019/420, tra gli altri aspetti, si prevede che gli Stati possono fornire assistenza attraverso un *pool* europeo di protezione civile, ovvero attraverso mezzi di risposta messi

costituita una scorta di attrezzature mediche da distribuire a seconda delle esigenze. Il meccanismo di protezione civile ha poi coordinato la mobilitazione di squadre mediche nei Paesi il cui sistema sanitario è stato maggiormente messo a dura prova. In questo contesto sono state inviate, nella regione Lombardia, équipes di medici e infermieri provenienti dalla Romania e dalla Norvegia, mobilitate e finanziate dal meccanismo di protezione civile dell'Unione e gestite dal centro di coordinamento della risposta alle emergenze. Altri Stati membri, tra cui l'Austria e la Slovacchia, hanno fornito alcuni presidi medici (tra cui mascherine, tute, ventilatori) e accolto pazienti italiani, come espressione della solidarietà europea³⁹.

Inoltre, sempre sulla base della decisione 1082/2013/UE – che prevede che la Commissione rafforzi la cooperazione e le attività con l'ECDC, gli Stati membri, l'Agenzia europea per i medicinali e l'OMS per migliorare i metodi e i processi attraverso cui sono fornite le informazioni relative alla copertura delle malattie a prevenzione vaccinale⁴⁰ – sono stati promossi altri interventi. Con il sostegno dell'Agenzia europea per i medicinali, la Commissione ha infatti raccolto dati sui farmaci a rischio di carenza⁴¹ al fine di monitorare la domanda complessiva da parte degli Stati membri e l'impatto dei divieti nazionali di esportazione. A tal riguardo, la Commissione ha esortato gli Stati membri a dimostrare solidarietà eliminando o attenuando le restrizioni relative all'esportazione per garantire la disponibilità di farmaci essenziali negli ospedali e nelle farmacie e al fine di evitare la costituzione di scorte a livello nazionale. La Commissione ha anche promosso l'uso ottimale dei farmaci negli ospedali, adattando i protocolli ospedalieri esistenti o definendo nuovi protocolli convalidati per evitare un uso eccessivo di farmaci⁴².

disposizione volontariamente dagli Stati che si aggiungono alle risorse esistenti nello Stato richiedente. In particolare, il *pool* riunisce le risorse di 24 Stati membri e di altri Stati partecipanti che consistono in squadre di soccorso, personale sanitario, esperti, attrezzature e mezzi di trasporto. Di recente v. F. Casolari, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in "Eurojus", n. 1, 2020, pp. 95 ss., p. 96 ss. reperibile *online*.

39 Per un quadro generale si rinvia a https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/crisis-management-and-solidarity_it.

40 Cons. 15.

41 Siffatto rischio è dovuto, per lo più, all'aumento sia della domanda di farmaci a seguito dell'intensificarsi di casi di ospedalizzazione di pazienti colpiti da coronavirus, che della domanda di farmaci sperimentali.

42 Si veda la Comunicazione della Commissione "Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della Covid-19" dell'8 aprile 2020, C(2020) 2272 final.

In definitiva, se i complessivi meccanismi istituiti dalla decisione 182/2013/UE sono potenzialmente utili nella prospettiva di facilitare risposte coordinate da parte degli Stati membri interessati, la mancanza, da parte dell'UE, della competenza ad adottare iniziative di armonizzazione normativa si riflette nella difficoltà di elaborare approcci non solo comuni e uniformi all'emergenza Covid-19, ma soprattutto incisivi. Infatti, se l'efficacia del complessivo sistema di sorveglianza, monitoraggio, allarme rapido, nonché di pianificazione di risposte concertate dipende in larga misura dalla accuratezza e tempestività delle informazioni che gli Stati membri trasmettono all'ECDC e alla Commissione, si può agevolmente comprendere come le misure promosse dall'Unione abbiano una limitata efficacia. Non sorprende, dunque, che la Commissione, nella recente Comunicazione dell'11 novembre 2020, abbia rilevato con estrema chiarezza che le criticità più significative ascrivibili al complessivo meccanismo siano imputabili alla condotta degli Stati i quali, in assenza di misure armonizzate, si muovono in piena discrezionalità⁴³.

5. La competenza concorrente in ordine a problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica

Accanto alle competenze di natura complementare e di coordinamento in materia sanitaria, all'Unione è attribuita una competenza concorrente in ordine ai "problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica" (art. 4, par. 2, lett. k), TFUE) ossia, in concreto, in tre specifici settori indicati dall'art. 168, par. 4, TFUE⁴⁴. I tre settori in relazione ai quali l'UE può

43 Da ultimo v. la dichiarazione di Stella Kyriakides, Commissaria per la Salute e la sicurezza alimentare: "L'incremento dei tassi di contagio da COVID-19 in tutta Europa è molto allarmante. Serve un'azione decisa e immediata dell'Europa per proteggere vite umane e posti di lavoro, alleviare la pressione sui sistemi sanitari e contenere la diffusione del virus. Il mese prossimo compiremo il primo passo verso la creazione di un'Unione europea della salute. Nel frattempo gli Stati membri devono migliorare la cooperazione e la condivisione dei dati. È l'anello più debole del sistema di sorveglianza dell'UE che ne determina la forza. Possiamo superare questa crisi solo dando prova di una vera solidarietà europea e lavorando insieme. Insieme siamo più forti". V. il comunicato stampa della Commissione del 28 ottobre 2020 "Recrudescenza del coronavirus: interventi della Commissione per rafforzare le misure di preparazione e risposta in tutta l'UE", reperibile su https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_1986.

44 Ai sensi dell'art. 168, par. 4, TFUE, l'UE può adottare "per affrontare i problemi comuni di sicurezza: a) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; tali

adottare atti legislativi di ravvicinamento delle normative degli Stati membri sono rappresentati dalla qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; dalla protezione della sanità pubblica con riguardo ai “settori veterinario e fitosanitario”; dalla qualità e sicurezza dei medicinali. Va comunque osservato che la possibilità che l'UE proceda all'adozione di atti di armonizzazione nei campi indicati resta subordinata all'obbligo generale di rispettare la competenza degli Stati membri nell'organizzazione e nella gestione dei sistemi sanitari nazionali (art. 168, par. 7, TFUE).

Tra le tre materie indicate come rientranti nella competenza concorrente, la disciplina relativa alla qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico si presta ad incidere in modo significativo sull'autonomia organizzativa degli Stati membri in campo sanitario. Il parametro relativo all'elevata “qualità e sicurezza” delle misure potrebbe infatti comprimere in maniera rilevante la discrezionalità degli Stati in materia di politica sanitaria, come implicitamente indicato dalla Corte di giustizia⁴⁵.

Peraltro, dato che le misure poste a tutela del mercato hanno importanti riflessi in materia sanitaria, non è raro che misure di armonizzazione ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. k), TFUE siano adottate anche attraverso il ricorso all'art. 114 TFUE⁴⁶, che riguarda il funzionamento del mercato unico in generale (ossia una materia rientrante anch'essa nella competenza concorrente ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. a), TFUE). È evidente, infatti, come possa riscontrarsi, sotto molti versi, l'incidenza sulla tutela della salute umana in senso lato degli atti di armonizzazione: si pensi, in particolare, al ravvicinamento delle norme sugli *standard* tecnici dei prodotti e ai connessi profili di sicurezza per gli utilizzatori e i consumatori. Proprio in questa prospettiva la norma in questione contempla espressamente l'ipotesi che le proposte della Commissione possano incidere nella materia della

misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose; b) misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica; c) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico”. L'elenco di tali materie va inteso come tassativo, in quanto in campo sanitario l'attribuzione all'UE della competenza concorrente ha natura derogatoria rispetto alla natura complementare e di supporto della competenza dell'UE in materia sanitaria: come chiarisce espressamente la norma, si tratta di una deroga all'art. 2, par. 5, TFUE e all'art. 6, lett. a), TFUE.

45 Corte di giustizia, sentenza del 29 aprile 2015, causa C-528/13, *Léger*.

46 Cfr., ad esempio, la direttiva n. 2001/83/CE del Parlamento europeo e Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, che aveva come base giuridica l'art. 95 TCE (oggi art. 114 TFUE).

sanità (art. 114, par. 3, TFUE). Sotto questo profilo, la norma non è neutra sul piano dei valori che le istituzioni dell'UE devono tenere in considerazione, in quanto non contempla semplicemente l'esigenza del corretto funzionamento del mercato interno, ma sancisce anche il principio per cui ogni proposta di atti di armonizzazione debba attenersi ad un livello di protezione elevato della salute⁴⁷.

Come accennato, non è raro che l'art. 114 TFUE figuri accanto ad altre disposizioni del TFUE in atti normativi che hanno base giuridica plurima, ossia in genere, per quanto qui rileva, accanto alla disposizione sulla politica sanitaria⁴⁸. Il che si verifica quando le istituzioni dell'UE reputino che i diversi obiettivi e campi di attinenza dei singoli atti – sia relativi al funzionamento del mercato interno sia di politica sanitaria – abbiano eguale rilevanza nel contesto degli atti stessi. Del resto, non vi sono differenze di rilievo nelle procedure deliberative contemplate nell'art. 114 e nell'art. 168, par. 4, TFUE⁴⁹.

6. *Segue: Le misure in risposta alla pandemia*

Tale doppia base giuridica è propria, ad esempio, del regolamento (UE) n. 2020/1043 relativo a sperimentazioni cliniche con medicinali per uso umano contenenti organismi geneticamente modificati e destinati a contrastare il Covid-19⁵⁰. A quanto ci consta, il regolamento (UE) n. 2020/1043 è

47 Cfr., sul tema, R. Mastroianni, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in "Il Diritto dell'Unione Europea", 2011, pp. 319 ss.

48 Cfr., ad esempio, il regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, istitutivo dell'Agenzia europea per i medicinali e di procedure di autorizzazione e sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, che ha come basi giuridiche l'art. 95 TCE e l'art. 152, par. 4, TCE, corrispondenti agli attuali articoli 114 e 168, par. 4, TFUE.

49 Sia nell'art. 114 che nell'art. 168 TFUE è prevista la procedura legislativa ordinaria per l'adozione degli atti normativi, con la sola differenza che la procedura prevista dall'art. 168 TFUE richiede non solo la consultazione del Comitato economico e sociale, come anche l'art. 114 TFUE, ma anche quella del Comitato delle Regioni.

50 Regolamento (UE) n. 2020/1043 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2020 relativo all'esecuzione di sperimentazioni cliniche con medicinali per uso umano contenenti organismi geneticamente modificati o da essi costituiti e destinati alla cura o alla prevenzione della malattia da coronavirus (Covid-19) e relativo alla fornitura di tali medicinali, in G.U.U.E. L 231 del 17 luglio 2020, p. 12.

l'unico provvedimento adottato dall'Unione in materia sanitaria nell'esercizio della sua competenza concorrente.

L'obiettivo del regolamento è garantire che siffatte sperimentazioni cliniche con medicinali per uso umano contenenti OGM non siano previamente subordinate ad una valutazione del rischio ambientale o, in alternativa, ad un'autorizzazione preventiva, nella misura in cui vi sia una dichiarazione di pandemia da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità o qualora il Covid-19 sia dichiarato una situazione di emergenza in conformità alla decisione n. 1082/2013/UE e continui a esserlo. Il regolamento, attraverso un approccio comune, mira dunque ad accelerare l'esecuzione di sperimentazioni cliniche nello scenario attuale dell'emergenza sanitaria pubblica in modo da rendere più facilmente disponibili medicinali di elevata qualità, sicuri ed efficaci per la cura o la prevenzione del Covid-19. In questa prospettiva, la tutela della salute umana si pone chiaramente come un interesse prevalente anche rispetto ad un eventuale rischio ambientale determinato dai medicinali contemplati dal regolamento⁵¹.

Il regolamento, che mira ad armonizzare un ambito in cui l'applicazione della legislazione dell'Unione e delle misure nazionali vigenti si è rivelata insufficiente, si basa sui risultati ottenuti sulla base del quadro normativo vigente in materia di medicinali, come pure sull'esperienza acquisita in merito all'applicazione ai medicinali per uso umano della legislazione in materia di OGM. Esso, inoltre, mira anche a chiarire – in situazioni di urgenza e/o di emergenza, come la pandemia di Covid-19 – alcuni aspetti concernenti l'applicazione delle disposizioni dell'*acquis* farmaceutico che consentono alle autorità nazionali competenti di autorizzare la fornitura e la somministrazione di medicinali privi di un'autorizzazione all'immissione in commercio⁵².

Pur significativo in relazione al settore delle sperimentazioni cliniche, il regolamento riflette il limitato ambito di incidenza che le misure di armo-

51 Nella relazione che accompagna la proposta della Commissione (Bruxelles, 17 giugno 2020 COM(2020) 261 final 2020/0128 (COD) si sottolinea che “una valutazione del rischio ambientale per i medicinali contemplati dal presente regolamento sarà effettuata nell'ambito della procedura di autorizzazione all'immissione in commercio prima che essi siano resi ampiamente disponibili nell'Unione”.

52 La relazione che accompagna la proposta della Commissione, cit., indica: “La direttiva 2001/83/CE e il regolamento (CE) n. 726/2004 hanno creato un quadro armonizzato e i chiarimenti proposti contribuiranno a ottimizzare l'attuazione dell'articolo 5, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/83/CE e dell'articolo 83 del regolamento (CE) n. 726/2004 per quanto riguarda i medicinali per uso umano contenenti OGM o da essi costituiti e destinati alla cura o alla prevenzione della Covid-19”.

nizzazione UE possono determinare nel settore della sanità pubblica. Posto che la competenza concorrente in materia sanitaria – e dunque la possibilità per l'Unione di armonizzare la disciplina statale – è concepita come un'eccezione nell'ambito del più ampio settore della tutela della salute pubblica, non sorprende che l'impatto delle misure di armonizzazione rivestano un carattere sussidiario e poco pregnante.

7. Considerazioni conclusive

L'emergenza Covid-19 ha evidenziato con chiarezza l'esistenza di due differenti modelli d'intervento che l'Unione europea utilizza in tema di sanità pubblica. Da una parte, l'Unione adotta misure di sostegno e di coordinamento volte ad integrare le politiche nazionali in materia di definizione della politica sanitaria, competenza che rimane nella esclusiva titolarità degli Stati membri. Dall'altra, l'Unione interviene – in settori circoscritti – con misure maggiormente incisive in quanto volte ad armonizzare la normativa nazionale. Questi due differenti modelli sono il riflesso della volontà degli Stati membri, espressa nei Trattati istitutivi, di differenziare e modulare i poteri di intervento attribuiti all'Unione nell'ambito di una competenza, quella in materia sanitaria, che si vuole mantenere saldamente ancorata alle dinamiche statuali.

Alla luce di questa *ratio* e della conseguente ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri, non stupisce che gli interventi UE di contrasto al Covid-19 in materia di sanità pubblica siano tacciati di essere inadeguati o, quantomeno, parziali. L'Unione, infatti, ad eccezione della limitata competenza (tra l'altro concorrente) in relazione ad alcuni profili di politica sanitaria, non dispone che di competenze di carattere complementare, per definizione inidonee a sostituirsi all'azione statale. Seppure, dunque, la tutela della salute abbia nel tempo acquisito una sua autonomia nel panorama delle competenze europee, e sia assunta a componente di rilievo trasversale nell'elaborazione di tutte le altre politiche UE⁵³, ad oggi, gli interventi

53 Il rilievo trasversale della tutela della salute nell'ordinamento dell'UE trova espressione sul piano normativo nella disposizione per cui “tutte le politiche ed attività dell'Unione” garantiscono “un livello elevato di protezione della salute umana”. Questa previsione, introdotta solo con il Trattato di Amsterdam nell'articolo specificamente dedicato alla politica sanitaria (oggi art. 168, par. 1, TFUE), si riscontra attualmente in diverse norme di portata generale, quali in particolare la c.d. *clausola sociale* inserita nel Trattato di Lisbona all'art. 9 TFUE (che indica gli obiettivi di natura sociale che l'UE deve perseguire nella definizione delle

dell'Unione si sono per lo più concretizzati nella mera elaborazione di linee guida e comunicazioni. In sostanza, l'Unione è ricorsa ad una serie di atti qualificabili come *moral suasion*, o al più raccomandazioni, certamente non in grado di impostare alcuna linea di azione comune a livello UE sulla pandemia.

Non stupisce dunque che, pur nell'ambito della ripartizione di competenze disegnata dai Trattati⁵⁴, la Commissione, con la recente Comunicazione dell'11 novembre 2020⁵⁵, stia avanzando alcune proposte per accrescere l'efficacia dei meccanismi predisposti sulla base della competenza di coordinamento in materia sanitaria. Alla luce delle criticità riscontrate nella prima fase della pandemia – ed imputabili, per lo più, alla carenza di coerenza e coordinamento tra Stati membri⁵⁶ – la Commissione, nel suggerire il rafforzamento degli strumenti già esistenti, raccomanda un quadro potenziato di cooperazione transfrontaliera al fine di affrontare con maggiore efficacia le minacce per la salute, tutelando al contempo il mercato interno. In concreto, la comunicazione è accompagnata da tre proposte di emendamento: una modifica della decisione 1082/2013/UE sulle gravi minacce sa-

sue politiche e azioni), la norma dedicata alla *protezione della salute* nella Carta dei diritti fondamentali (art. 35, seconda frase), nonché l'art. 114, par. 3, TFUE. si consenta di rinviare a M.E. Bartoloni, *The horizontal social clause in a legal dimension*, in M.E. Bartoloni, M. Condinanzi, F. Ippolito (a cura di), *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, Routledge, London, New York, 2018, pp. 83-104.

- 54 V., sul punto, K.P. Purnhagen, A. De Ruijter, M.L. Flear, T.K. Hervey, A. Herwig, *More Competences than You Knew? The Web of Health Competence for European Union Action in Response to the COVID-19 Outbreak*, in "European Journal of Risk Regulation", 2020, pp. 1 ss. Secondo gli A.A. infatti, "[t]o combat COVID-19, unlike its Member States, the Union may act "only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein".
- 55 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*, cit.
- 56 La Commissione indica chiaramente che: "*The Covid-19 public health crisis has highlighted that the EU and Member States must do more regarding preparedness and response planning for epidemics and other serious cross-border health threats. While structures and mechanisms set up at EU level as part of the Decision on serious cross-border health threats facilitated the exchange of information on the evolution of the pandemic and supported specific national measures taken, they could do little to trigger a timely common EU level response and ensure coherent risk communication. This lack of coherence and coordination continues to be an obstacle to tackling the pandemic*".

нитарie transfrontaliere; un rafforzamento del mandato del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC); un'estensione del mandato dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA). Queste iniziative si affiancano alla proposta di potenziamento del meccanismo unionale di protezione civile avanzata dalla Commissione nel giugno 2020⁵⁷.

Nel loro complesso, queste proposte, nell'intento di rafforzare la capacità di coordinamento dell'Unione europea al fine di consentirle una risposta maggiormente incisiva, evidenziano come l'unico paradigma sulla base del quale, allo stato attuale, le istituzioni UE possono gestire la crisi pandemica altro non sia che il principio d'attribuzione. È soltanto nell'alveo delle competenze attribuite, e nei limiti delle stesse, che l'Unione può intervenire.

Fintantoché non si ridisegni il riparto di competenze tra UE e Stati membri in materia sanitaria, l'Unione non potrà utilizzare che lo strumentario di cui dispone, magari potenziandolo e rafforzandolo, come dimostra la proposta della Commissione, ma in ogni caso ricorrendo esclusivamente ai poteri desumibili dai Trattati.

57 Proposta di Decisione del Parlamento Europeo e del consiglio del 2 giugno 2020 che modifica la decisione n. 1313/2013/UE su un meccanismo unionale di protezione civile COM/2020/220 final.

MARIA PIA IADICICCO

L'IMPATTO DELL'EMERGENZA DA COVID-19 SUL SISTEMA SANITARIO ITALIANO

1. *Oggetto, finalità e itinerario dell'indagine*

Già nel corso della c.d. prima ondata di contagi del nuovo coronavirus SARS-CoV-2 sono apparse a tutti chiare le conseguenze stravolgenti di questa pandemia su ogni aspetto della vita individuale e sociale e il carattere eccezionale delle misure adottate per fronteggiarla. A tutt'oggi, nel pieno della seconda ondata, le problematiche sul tappeto restano molteplici, in quanto solo parzialmente risolte e, per altri versi, aggravate dal sopravvenire di altri profili di criticità. Sebbene il tema dell'emergenza sia tutt'altro che estraneo alla tradizionale riflessione giuspubblicistica, il contatto diretto e drammatico con questa esperienza, che ha assunto, nel caso di specie e seppur non esclusivamente, le vesti di un'emergenza sanitaria, ha offerto l'occasione per un'indagine sul campo della tematica nella quale si sono cimentati studiosi di diversa sensibilità¹.

Le brevi riflessioni che seguiranno si focalizzano sull'impatto della pandemia da Covid-19 sulla sanità italiana. Tale scelta di campo trova una prima, palese se non proprio scontata, giustificazione nella peculiare declinazione di questa emergenza, ovvero nel suo collegarsi ad una pandemia influenzale causata da un nuovo coronavirus, che ha senza dubbio inciso soprattutto sui servizi sanitari, chiamati a fronteggiare un numero sempre crescente di soggetti contagiati con gravi sintomatologie e costretti a riprogrammare le proprie attività per garantire la tutela della salute anche di altri pazienti. A suffragare ulteriormente la nostra scelta di campo sta un'altra ricorrente affermazione, e cioè che tra i diritti, riconosciuti e garantiti nella Carta costituzionale italiana, il diritto alla salute sia stato quello maggiormente coinvolto nella pandemia e al quale è stata assicurata prioritaria

1 Per una rassegna della letteratura, soprattutto giuspubblicistica sul tema, si veda *Articoli, paper e post blog apparsi in altre riviste e piattaforme online (Aggiornato al 21 luglio 2020)*, a cura di F. Aperio Bella, M. Malvicini, in "Federalismi.it", Osservatorio emergenza Covid-19 – Rassegna di documentazione.

tutela. Se ciò è certamente vero, la preminenza e la priorità assicurate alla tutela della salute meritano di essere meglio precisate, in quanto foriere di possibili equivoci e incertezze, tanto più ricorrenti, se si trascura la necessità di confrontare di quel diritto con altri interessi ugualmente incisi dalla pandemia e comunque meritevoli di tutela. In effetti, non sono mancate, anche nella dottrina più avvertita, critiche volte a denunciare un sostanziale annullamento di altri diritti ugualmente di rango costituzionale, come pure si sono avanzate, nel dibattito politico e pubblico, fantasiose ricostruzioni su presunti nuovi diritti costituzionali che avrebbero subito una negazione o anche solo una limitazione in ragione di una sorta di “tirannia sanitaria”². Seppur si tratta, specie su quest’ultimo versante, di asserzioni del tutto prive di fondamento e di una valida argomentazione, mosse talvolta soltanto dal preminente intento di strumentalizzare l'emergenza, esse offrono l'occasione per riflettere ancora sulle conseguenze della pandemia sul complesso sistema di tutela (“sistemica e non frazionata”³) dei diritti costituzionali, sulle tecniche per il loro contemperamento e sugli effetti derivanti da un incontrollato allargamento della categoria dei diritti; inoltre anche gli elementi di riflessione forniti nel corso di questa emergenza invitano ad approfondire il carattere della fundamentalità espressamente riconosciuto nel testo costituzionale al solo diritto alla salute.

Peraltro, anche altre ragioni spingono a concentrare l'attenzione sull'impatto del Covid-19 sul sistema sanitario: in primo luogo, v'è da considerare lo stretto legame esistente tra diritto alla salute e organizzazione sanitaria; in secondo luogo, e proprio in ragione di questa relazione, è indispensabile fare chiarezza sulla portata del primo, declinato tanto come diritto individuale, quanto come interesse della collettività; in terzo luogo, occorre verificare l'incidenza di altri aspetti e interessi che si ripercuotono sull'organizzazione e sul funzionamento del sistema sanitario e, a quest'ultimo riguardo, la nostra analisi si soffermerà esclusivamente sui profili dell'articolazione territoriale dello stesso e sui limiti e vincoli scaturenti dalla disponibilità di risorse.

Percorrendo questo itinerario si toccheranno tanto questioni di viva attualità, quanto dibattiti più remoti e tutt'altro che sopiti, sui quali si è andata ad innestare l'emergenza pandemica. Sulla scorta delle suggestive

2 In tal senso, la nostra indagine presupporrebbe un approfondimento del tema del bilanciamento, per il quale si rinvia a R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino 2014.

3 Così Corte cost., sentenze n. 264/2012; n. 10/2015; 254/2020.

sollecitazioni di un'attenta dottrina⁴ si ritiene infatti che non si possa adeguatamente valutare l'impatto della pandemia sulla sanità italiana, prescindendo dal "prima" ovvero dallo *status quo ante* del sistema sanitario, dal quale occorre prendere le mosse per esaminare il "durante" e di lì provare ad immaginare il "dopo". Per quanto scontato possa apparire, non è inutile precisare che quest'ultimo passaggio può essere soltanto abbozzato: alcune "lezioni" possono – e si spera – ritenersi apprese⁵; ma, su molto altro, la profonda indeterminatezza, che investe sia aspetti attuali quanto scenari futuri, rende difficile offrire certezze⁶ e del tutto fuori luogo fornire formule magiche per uscire dall'emergenza pandemica.

2. La sanità italiana nel pre-Covid-19: come si presentava

Prendendo le mosse dal "prima" dello scoppio della pandemia, occorre valutare come si sia presentato il sistema sanitario di fronte a quest'evento, senz'altro sconvolgente, anche se non del tutto imprevedibile⁷. Molteplici sono i profili che secondo alcuni avrebbero contribuito a rendere più difficile l'assunzione di risposte adeguate a fronteggiare la crisi pandemica. Provando a schematizzare, senza per questo semplificare oltremodo un quadro evidentemente complesso, si può dire che la situazione di partenza è apparsa inficiata da almeno due condizioni critiche – l'impovertimento e

4 A. Pioggia, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in "Diritto pubblico", n. 2020, pp. 395 ss.

5 Così anche Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28 maggio 2020, p. 5, in <http://bioetica.governo.it/italiano/>.

6 La valutazione è quanto mai complessa e ancora attraversata da aspetti di incertezza, non solo determinati dalle persistenti scarse conoscenze scientifiche sul nuovo coronavirus, ma anche dalle difficoltà connesse al versante propriamente conoscitivo e informativo. Un disagio, quest'ultimo che si protrae a tutt'oggi e investe la raccolta e valutazione dei dati relativi a contagiati, positivi, sintomatici e guariti, l'indice RT, nonché ulteriori dati sulla base dei quali viene definito, tramite un contestato algoritmo, il regime delle varie parti del territorio (la "colorazione" delle Regioni).

Ai disagi della c.d. catena informativa si somma una obiettiva difficoltà, propria di ogni esperienza emergenziale, di cogliere i fenomeni nella loro oggettività, rendendo per questo oltremodo sfumato il confine delle valutazioni su legalità e legittimità.

7 Cfr. R. de Maria, *Caratteristiche ed errori della gestione sanitaria della pandemia da COVID-19 in Italia: una défaillance di sistema*, in "Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione", n. 2, 2020, pp. 1 ss.

le diseguaglianze presenti nel sistema sanitario –, le quali affondano le loro radici in cause che precedono l'emergenza pandemica. Benché un simile giudizio possa ritenersi sostanzialmente condiviso, tutt'altro che concordi sono le letture sulle ragioni che avrebbero determinato l'emersione di tali aspetti problematici. Tra le tante meritano di essere vagliate criticamente almeno quelle che imputano tali problematiche all'insostenibilità della spesa sanitaria, derivante da un eccessivo allargamento della portata del diritto alla salute, alla cui garanzia è preposto un sistema sanitario pubblico; nonché quelle che le addebitano all'assetto regionalistico dello stesso e all'inefficienza gestoria di alcune Regioni. A monte di quest'ultimo rilievo si staglia una più generale critica rivolta al quadro costituzionale di riparto delle competenze, tracciato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, la quale non avrebbe consentito allo Stato centrale di esercitare, secondo questa lettura, i poteri necessari per fronteggiare l'emergenza sanitaria, e per garantire interessi unitari, rimediando alle inefficienze regionali.

Senz'affatto negare la preesistenza e la fondatezza di alcuni aspetti di criticità presenti nella sanità italiana prima della diffusione del Covid-19⁸ e, considerato il profondo legame intercorrente tra diritti, loro effettività e aspetti organizzativi⁹, occorre riflettere meglio sugli argomenti emersi nel

8 Come evidenziato anche dal 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, p. 5, nota n. 2, alcune criticità del sistema precedono lo scoppio della pandemia, tra questi "i finanziamenti inadeguati al Servizio Sanitario Nazionale, [...]; un'erronea programmazione nella formazione e nel reclutamento di medici, soprattutto specialisti, connessa anche al blocco del turn-over del personale sanitario; un insufficiente finanziamento delle borse di studio per la frequenza di scuole di specializzazione medica; una struttura organizzativa con pesanti disomogeneità territoriali [...], la progressiva separazione tra politiche sanitarie e politiche socio-assistenziali, con la conseguente svalutazione di queste ultime".

9 Cfr. Corte cost., sent. n. 383/1998: "Organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione". In dottrina, v. almeno A. Pioggia, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in "Diritto Pubblico", 2008; Ead., *La sanità italiana di fronte alla pandemia*, cit., pp. 385 ss.

È un'interdipendenza quella tra dimensione organizzativa e effettività della tutela dei diritti particolarmente evidente, se non proprio intuitiva, quando riferita alla declinazione del diritto alla tutela della salute come diritto sociale, alludendo quindi prevalentemente alla pretesa di ottenere prestazioni sanitarie (di prevenzione, cura, riabilitazione), la cui effettività richiede la preesistenza di un sistema organizzato in grado di erogarle. Ma si tratta a ben vedere di un legame

corso del dibattito, non solo perché molti potrebbero rivelarsi, ad una più attenta analisi, errati, poco convincenti o quanto meno fuori tiro, ma anche perché alcune letture, ove accolte, sarebbero capaci di condurre all'elaborazione di rimedi altrettanto sbagliati o incapaci di risolvere vecchie e nuove problematiche.

Muovendo dalla prima questione, quella relativa alla portata del diritto alla salute, alla sua espansione e alle ripercussioni di ciò sulla sanità e sui suoi costi, molte sarebbero le considerazioni da svolgere. Su questo terreno, la riflessione è sempre stata molto ampia e tante sono state le puntualizzazioni già compiute in dottrina¹⁰. Ai nostri fini non è superfluo ribadire che il diritto alla salute¹¹, come molti altri diritti costituzionali, è caratterizzato da una spiccata vocazione espansiva, seppur non illimitata¹²; esso inoltre presenta una struttura decisamente complessa, la quale si ripercuote sui relativi strumenti di tutela¹³.

Oggi più che mai, in effetti, si è capaci di comprendere le ragioni per le quali il Costituente abbia inteso riconoscere quel fondamentale diritto a ciascun individuo, non trascurando di configurare la tutela della salute anche come interesse della collettività (art. 32 Cost.): la riconosciuta essen-

altrettanto forte nella declinazione del diritto alla salute come diritto di libertà, essendo le decisioni individuali assunte in ordine al proprio stato di benessere psicofisico influenzate anche dalla disponibilità effettiva di accesso ad adeguati servizi di assistenza sanitaria (e socio-sanitaria). Cfr. da ultimo L. Chieffi, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino 2019.

- 10 V. almeno B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in "Diritto e società", n. 1, 1983, pp. 21 ss.; A. D'Aloia, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in "BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto", 1, 2014, pp. 87 ss.; R. Balduzzi, *La medicina oltre la cura*, ivi, Special Issue, n. 2, 2019, pp. 377 ss.
- 11 Né è da confondere il diritto alla salute con la salute: quest'ultima esprime una condizione della persona, la quale non è oggetto del diritto, ma che questo è tenuto a tutelare, senza che però tale impegno possa convertirsi in una automatica assunzione della piena condizione di salute; la formula "diritto alla salute" esprime una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, tra loro differenziate, seppur legate. Cfr. A. Pioggia, *Di cosa stiamo parlando quando parliamo di diritto alla salute?*, in "Istituzioni del Federalismo", n. 2, 2017, p. 293.
- 12 Sia consentito rinviare a M.P. Iadicicco, *Frontiere e confini del diritto alla salute*, in "Diritto e società", n. 1, 2019, pp. 61 ss.
- 13 M. Luciani, *Salute: I) Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXII, Roma 1994, pp. 5 ss.; B. Pezzini, *op. cit.*, pp. 25 ss.; A. Simoncini, E. Longo, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006, pp. 657.

zialità di quel bene della vita¹⁴, presupposto per il godimento di altri diritti; la circostanza che, di fronte alle minacce alla salute, siamo tutti potenzialmente soggetti deboli¹⁵; la concretezza e socialità nella quale è la calata la tutela costituzionale della persona umana sono tutti fattori che hanno inciso sulla nuova disciplina costituzionale in materia. Cionondimeno, già nel testo costituzionale, all'individuazione indifferenziata dei soggetti attivi, titolari del diritto, si accompagna, giusta la sincerità di quel testo¹⁶ e la concretezza della formulazione normativa, la previsione di forme di tutela qualitativamente e quantitativamente differenziate per alcuni consociati (*in primis* per la categoria degli indigenti a cui sono riservate cure gratuite), come pure sempre in quel testo al riconoscimento di diritti soggettivi si affianca la previsione di doveri inderogabili di solidarietà.

Sempre stando all'art. 32 Cost., la configurazione della salute anche come interesse della collettività non può ritenersi una riaffermazione del concetto di sanità prefigurato nell'ordinamento prerepubblicano¹⁷; dietro quella previsione innovatrice e anticipatrice vi è la consapevolezza che la Repubblica non possa limitarsi alla tutela della salute del singolo individuo, isolatamente inteso, che quest'ultimo non possa essere astratto dal contesto sociale in cui vive, e che comportamenti individuali possano ripercuotersi anche sull'intera collettività. Pertanto, alla dimensione individuale della tutela deve affiancarsi, in un'ottica di completamento e non di contrapposizione, la dimensione collettiva, dovendo il *welfare* sanitario trovare, nella nuova cornice costituzionale, una conformazione plasmata dai principi personalista, di eguaglianza e di solidarietà.

Ancora una volta, oggi più che mai, si può apprezzare pure questo profilo, che è parso senza dubbio recessivo in alcune ricostruzioni volte a rimarcare la dimensione individuale e il profilo libertario del diritto alla

14 A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, p. 28.

15 M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, p. 13.

16 M. Benvenuti, (voce) *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. V, Torino 2012, p. 237.

17 Il concetto di sanità pubblica nell'ordinamento prerepubblicano era legato completamente dalla dimensione soggettiva del diritto alla salute e tematizzato, piuttosto, in vista del conseguimento di finalità di interesse collettivo, coincidenti col mantenimento dell'ordine pubblico. Non a caso, la disciplina della sanità, in modo non dissimile rispetto agli istituti della pubblica sicurezza, incardinava le relative responsabilità organizzative ed amministrative in capo al Ministero degli interni e, per il suo tramite, a livello territoriale, ai prefetti, ai sottoprefetti ed ai sindaci.

salute¹⁸, fino a trasfigurarla, nelle versioni più ardite, in un diritto assoluto, una libertà priva di limiti e finendo talvolta per ritenerlo una pretesa egoista. Simili letture non possono essere condivise, anche perché esse a volte muovono da una altrettanto non persuasiva interpretazione del carattere della fundamentalità del diritto alla salute. È invece pienamente convincente quanto sostenuto da chi¹⁹ ha rimarcato la riemersione, in occasione di questa emergenza sanitaria²⁰, anche della dimensione collettiva della tutela della salute, una riscoperta, questa, che, lungi dal rivelare aspetti di confliggenza con la dimensione individuale, sta dando nuova linfa al valore costituzionale della solidarietà.

Venendo poi alle conseguenze negative, in termini di sostenibilità finanziaria del SSN, derivanti da un eccessivo allargamento della portata del diritto alla salute, vanno riprese le considerazioni molto critiche avanzate da quanti hanno denunciato lo stravolgimento delle nozioni di salute e cura e lo scadimento dell'arte medica, ritenuta troppo protesa a soddisfare anche desideri futili, con la conseguenza che quando alcune prestazioni sono erogate dal servizio pubblico ciò finisce per pesare sull'intera collettività²¹. Si tratta di affermazioni che spesso si collocano all'interno di una più ampia critica rivolta nei confronti dei diritti sociali a prestazione, ritenuti un lusso che non ci si può permettere in presenza di risorse scarse²². Ma, se alla luce di una più attenta riflessione sul costo dei diritti, di tutti i diritti²³,

18 Da ultimo sul tema si veda l'equilibrata ricostruzione di questa dimensione, senza trascurare le altre, di C. Iannello, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Napoli 2020.

19 V. Antonelli, *Salute e pandemia: il ritorno della tutela della salute come interesse della collettività*, in corso di pubblicazione; M. Nocelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in "Federalismi.it", Osservatorio Emergenza Covid-19, 11 maggio 2020, p. 4, secondo il quale: "L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha ridefinito ancora una volta i contorni del diritto alla salute, soprattutto a tutela delle categorie più deboli".

20 Anche se non si può trascurare il rilievo della dimensione collettiva, *oltre* – e non in contrapposizione – alla dimensione individuale della tutela della salute, presente anche nella disciplina delle vaccinazioni obbligatorie, che è tema anche oggi al centro di vivaci discussioni, ma che affonda le sue radici in precedenti e radicate riflessioni.

21 Essendo quel sistema finanziato mediante la fiscalità generale e considerato che i costi dei trattamenti sono posti a carico dell'utente solo in parte (o per nulla nel caso degli indigenti).

22 G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna 2017, pp. 165 ss.

23 Cfr. M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1995, pp. 121 ss.; R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in "Ragion pratica", 2000, pp. 15 ss.; S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti*, (1999), trad. it., Bologna 2000.

si possono confutare simili ricostruzioni, per respingere le critiche rivolte all'estensione del diritto alla salute, e fermo restando che essa non può essere priva di confini, si deve invece considerare l'infrangibile legame tra dimensione identitaria e relazionale della tutela della salute e quindi la congenita vocazione espansiva della stessa in un ordinamento informato al principio personalista. Quelle critiche paiono poi particolarmente insidiose ove rivolte ad alcune prestazioni sanitarie c.d. eticamente sensibili, rispetto alle quali la riprovazione etica da parti di alcuni tende a far perdere di vista la funzionalità delle stesse a soddisfare comunque il diritto costituzionale alla salute di chi le rivendica e dunque a fondare la doverosità della loro erogazione.

È pur vero però che dalle critiche più argomentate è possibile risalire ai veri e più intricati nodi di fondo di alcune delle problematiche evidenziate: se si allarga infatti incontrollatamente il novero delle prestazioni da erogare da parte del SSN e se non si fissa un ordine di priorità tra le medesime, se non si interviene per recuperare inefficienze ed evitare veri e propri sprechi, il sistema diventa economicamente insostenibile. Simili considerazioni si vanno a collocare entro un dibattito ampio e complesso che intercetta molte questioni problematiche, a cominciare da quella del "condizionamento finanziario dei diritti", di tutti i diritti seppur in misura diversa, "che è un'altra cosa"²⁴ rispetto alla configurazione dottrinale e giurisprudenziale di alcuni diritti sociali di matrice costituzionale come "diritti finanziariamente condizionati", configurazione che si deve invece respingere alla luce di una lettura costituzionalmente orientata del rapporto tra diritti e risorse²⁵.

24 Così M. Benvenuti, *op. cit.*, p. 273.

25 Cfr. M. Luciani, *op. ult. cit.*, pp. 126 ss.; G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in "RivistaAic", n. 3, 2019, pp. 265 ss. Nella più recente giurisprudenza costituzionale, v. sent. n. 275/2016; n. 192/2017; n. 62/2020.

Diversamente, senz'altro da respingere è la connessione tra diritti ed economia che pare trasparire da alcune dichiarazioni di organi di governo regionale, dalle quali, tra l'altro, si potrebbe ricavare una "riesumazione" del concetto della sanità pubblica propria degli Stati liberali. Ci si riferisce all'infelice tweet del Presidente della Regione Liguria, G. Toti, che ne ha poi rinnegato la personale formulazione, sulla scarsa produttività delle principali vittime del Covid-19 ("Per quanto ci addolori ogni singola vittima del Covid, dobbiamo tenere conto di questo dato: solo ieri tra i 25 decessi dalla Liguria, 22 erano pazienti molto anziani, persone per lo più in pensione, non indispensabili allo sforzo produttivo del Paese che vanno però tutelate"). Come pure il riferimento è alla proposta, poi smentita, della Vicepresidente e Assessore al Welfare della Regione Lombardia, L. Moratti, di inserire tra i criteri per la distribuzione dei vaccini anti-Covid anche quello che tenga conto del contributo delle singole Regioni al PIL.

3. *La sanità italiana durante il Covid-19: come ha risposto e sta rispondendo*

La risposta alla pandemia, lungi dal voler riproporre un modello securitario di sanità, come quello prerepubblicano, ma alla luce della rinnovata concezione della salute anche come interesse della collettività, si è concretizzata prevalentemente nell'apposizione di limiti, anche molto rigorosi, all'esercizio di altri diritti costituzionali; si sono perciò imposti divieti e obblighi nell'ottica di coniugare la tutela della salute individuale con quella collettiva. Tale inquadramento, pur fortemente persuasivo, non può costituire una sorta di assoluzione *urbis et orbis* dei peccati commessi, o meglio, e abbandonando la metafora, esso non esclude né un controllo sulla legittimità delle misure adottate – alla luce dei criteri di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte, con le conseguenze che ne derivano in caso di illegittimità –, né tantomeno giustifica l'adozione di identiche restrizioni ieri come oggi.

Piuttosto, merita di essere rimarcato che molte limitazioni imposte a tutti indistintamente sono state poste al fine prioritario di proteggere i più deboli, coloro per i quali l'esposizione al virus si sarebbe e si è, purtroppo, rivelata fatale; esse, inoltre, sono state adottate nell'ottica di non saturare l'accessibilità ai servizi sanitari con conseguenze, ancora una volta, pregiudizievoli per tutti, ma in particolare per i più vulnerabili²⁶.

Si spiega allora il rigore di alcune misure come la chiusura delle scuole di ogni ordine e grado e dei luoghi di istruzione, deputati alla garanzia di un altro fondamentale diritto, seppur non esplicitamente qualificato in tal senso nel testo costituzionale. Si comprendono e si giustificano, alla luce di parametri e obiettivi che non sono solo scientifici, ma frutto di una valutazione anche politica²⁷, la previsione di un lockdown generalizzato e le limitazioni imposte alla libertà di circolazione e riunione, pure di sicuro pregio costituzionale.

Come già precisato, tali considerazioni permettono di spiegare il rigore di alcune misure, ma non assolvono del tutto coloro che le hanno adottate, anche e soprattutto perché alcune misure così restrittive si sono potute giustificare solo e fintanto che non era immaginabile assumere altre scelte or-

26 Sui diversi modelli di politiche pubbliche di contenimento dell'epidemia, si v. CNB, *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, cit., pp. 10.

27 Sul controverso rapporto tra valutazioni scientifiche e valutazioni politiche in questa emergenza pandemica v. A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in "BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto", n. 1, 2020, pp. 119 ss.

ganizzative che consentissero di controllare l'esposizione al contagio²⁸; nel caso delle scuole e delle università, quindi, la chiusura generale e il divieto delle attività in presenza si sono potute giustificare ma solo finché non è stato possibile riaprire *in sicurezza* (non semplicemente riaprire), non potendosi immaginare che la Didattica A Distanza, alla quale pochi erano pronti e preparati, potesse soddisfare il diritto allo studio e perpetrarsi *sine die* e sempre nella sostanziale impreparazione di docenti e discenti, con ripercussioni, ancora una volta, più pesanti per chi già versa in condizioni di disagio.

In termini ancora più generali, allora, invece di lamentare una presunta "tirannia sanitaria" resta indispensabile tenere "alta la guardia" sulla protezione di tutti i diritti costituzionali²⁹, evitando di assuefarsi a rigorose limitazioni, per far sì che si possano prevenire e respingere misure, di vecchio o nuovo conio, volte al disciplinamento dei corpi e al controllo biopolitico della vita.

In un ordinamento democratico, fondato sul principio personalista, alla necessaria salvaguardia dell'autonomia individuale, in ogni sua possibile concreta declinazione, non può non accompagnarsi la previsione di doveri inderogabili di solidarietà e la fissazione di limiti funzionali a salvaguardare altri interessi costituzionali, e ciò affinché non si smarrisca "la consapevolezza delle connessioni tra diritti e doveri che la Costituzione allestisce quali condizioni per un esercizio responsabile della libertà e per evitare che questa si riduca a rivendicazionismi individualistici"³⁰, evitando altresì che le misure restrittive adottate dai pubblici poteri non siano controllabili.

Fermo restando, poi, quanto dapprima osservato sul condizionamento finanziario dei diritti e sulla lettura costituzionalmente orientata del rapporto tra diritti e risorse, non si può negare comunque che, al cospetto della pandemia, la sanità italiana si sia presentata fortemente impoverita e perciò incapace di garantire effettivamente il diritto alla salute, dando luogo per questo ad ulteriori e più vistose iniquità.

Da ricerche condotte in diverse sedi è possibile ricavare dati particolarmente significativi ed utili ad avvalorare quanto appena sostenuto sul generale e pregresso impoverimento della sanità italiana; ma, ancora una volta, è indispensabile evidenziare che si tratta di dati che avrebbero dovuto allarmare le istituzioni pubbliche deputate alla salvaguardia della salute umana

28 R. Calvano, *L'istruzione, il Covid-19 e le diseguaglianze*, in "Costituzionalismo. it," n. 2, 2020, pp. 57 ss.

29 M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in "RivistaAic", n. 2, 2020, p. 141.

30 Così G. Bascherini, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in "Diritto pubblico", 2018, p. 272, richiamato, in senso adesivo, da M. Nocelli, *op. cit.*, p. 5.

anche prima della crisi pandemica. Per citarne soltanto alcuni³¹, ci si può limitare a menzionare la riduzione della spesa sanitaria pubblica pro capite³²; le carenze nella dotazione di personale; l'anzianità di questo; la pesantezza degli orari di lavoro (con notevole rischio quindi di *burnout*); la riduzione dei posti-letto senza efficace rafforzamento dei servizi territoriali; la presenza di lunghe liste d'attesa; l'obsolescenza di alcune strutture; le forti differenziazioni territoriali (quantitative e qualitative, anche nella dotazione di infrastrutture); l'incapacità di resistere alle pressioni della criminalità organizzata (e non soltanto in alcune aree geografiche dell'Italia).

Come rilevato in un convegno di studi svoltosi nel 2019 presso l'Istituto Superiore di Sanità³³, specie nel corso degli ultimi anni e in particolare dopo la crisi economico-finanziaria del 2008³⁴, si è incrementato il fenomeno della rinuncia alle cure per impossibilità di farvi fronte in termini economici o anche per altre difficoltà di accesso alle stesse. Ma quanto conta rimarcare è che le misure adottate in questi anni hanno puntato prevalentemente al contenimento della spesa sanitaria e al recupero dei deficit e questi interventi di riduzione quantitativa non sono stati effettivamente in grado di eliminare sprechi, di avviare riorganizzazioni capaci di correggere le disfunzionalità del sistema sanitario pubblico³⁵. Si è realizzata insomma una semplicistica riduzione della spesa, condotta soprattutto attraverso tagli lineari.

Inoltre, come si è fatto opportunamente notare³⁶, questo impoverimento non è stato solo quantitativo, ma anche qualitativo e culturale, investendo il

31 Ricavabili dal *Focus tematico: Lo stato della sanità in Italia*, Ufficio parlamentare di Bilancio, Roma, 2 dicembre 2019.

32 Anche se a partire dal DEF 2019 già si segnava una inversione di tendenza con riferimento al finanziamento del SSN rispetto alle precedenti annualità.

33 *Disuguaglianze di salute: politiche sanitarie e non sanitarie*, 30 maggio 2019, organizzato da Istituto Superiore di Sanità Centro Nazionale per la Salute Globale e ASviS – Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile.

34 I. Ciolli, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale*, oggi, in "BioLaw Journal – Rivista di Bio-Diritto", n. 2, 2019, pp. 13 ss.; C. Ciardo, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza CoViD-19: il rischio di una sanità diseguale*, *ivi*, Special Issue n. 1, 2020.

35 Cfr. A. Cauduro, P. Liberati, *Sull'emergenza (annunciata) del Servizio sanitario nazionale*, in www.giustiziainsieme.it, per i quali il meccanismo dei piani di rientro "ha certamente sortito benefici effetti contabili, migliorando il bilancio delle strutture sanitarie, ma ha anche ampliato i divari regionali in termini di personale sanitario attraverso il blocco del turn-over e ridotto al minimo gli investimenti di lungo termine, con conseguenze niente affatto trascurabili sulla qualità percepita, sulla mobilità sanitaria interregionale, e sul grado di adempimento nella fornitura dei livelli essenziali di assistenza"

36 A. Pioggia, *op. ult. cit.*, pp. 389 ss.

modo di concepire il servizio sanitario pubblico. Questo mutamento di concezione, figlio a sua volta di un impoverimento culturale, può farsi risalire a tendenze già in atto da molto tempo, tendenze divenute preponderanti negli anni '90, quando, impostosi un nuovo paradigma di tipo economico, si è proceduto a riorganizzare il settore sanitario sulla base di modelli aziendalistici, a privatizzare ed esternalizzare, a ridurre il ruolo dell'autorità pubblica, con ciò veicolando un messaggio piuttosto chiaro: il servizio pubblico, invece di essere al servizio della persona, è fonte di sprechi e malaffare; di converso il privato, per il suo modo di funzionare e la *filosofia* che lo ispira brilla per efficienza, sicché il cittadino-consumatore non potrà che trarre vantaggio dalla concorrenza tra pubblico e privato e dall'assunzione di scelte organizzative in tal senso ispirate³⁷. In queste ultime, però e ben prima della crisi economica del primo decennio del XXI secolo, si è conferito rilievo assorbente e trabordante alla dimensione economica, o meglio alla logica *produttivistica*³⁸ di servizi e di prestazioni, mettendo in secondo piano il diritto e, quindi, il bisogno di salute del paziente.

37 A. Cauduro, P. Liberati, *op. ult. cit.*; A. Pioggia, *op. ult. loc. cit.*

38 Cfr. R. Balduzzi, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, in "Corti supreme e salute" n. 2, 2020, p. il quale, con richiami pure a Sue precedenti riflessioni, fornisce precisazioni sulla scelta di aziendalizzazione contenuta nel d.lgs. n.502/1992, confermata sia dal d.lgs. n. 517/1993, sia dal d.lgs. n. 229/1999 e non smentita dal d.l. n. 158/2012. Lo stesso A. evidenzia la "inopportunità di un impiego di termini propri dell'attività di produzione di beni e servizi in forma imprenditoriale per qualificare le attività di prevenzione, cura e riabilitazione svolte dalle aziende del Servizio sanitario nazionale, le quali hanno per finalità quella di "produrre" salute attraverso tali attività, assicurando in capo alla popolazione di riferimento i livelli essenziali, cioè necessari e appropriati, delle prestazioni stesse: una finalità, dunque, che per sua intima natura male sopporta qualificazioni riferite ad organizzazioni nelle quali la produzione di beni e servizi in condizioni di efficacia, efficienza ed economicità costituisce l'unico e indefettibile, obiettivo aziendale, anche in relazione alla circostanza, mai sufficientemente sottolineata, che al maggiore raggiungimento degli obiettivi di salute corrisponde, almeno tendenzialmente, una minore necessità di interventi di cura e di riabilitazione".

V. anche A. Pioggia, *op. ult. cit.*, p. 390, la quale osserva che frutto "avvelenato" di una concezione prevalentemente produttivistica della sanità è la "dittatura" dei DRG (*diagnosis related group*), "che con la loro dimensione economica, sono passati da strumento di pesatura del costo dei servizi, a strumento di orientamento delle scelte organizzative. Questo è avvenuto soprattutto in alcune aziende ospedaliere pubbliche, dove, in termini di personale, strutture, macchinari, si è investito sui DRG più remunerativi, indipendentemente dalla valutazione dei bisogni di salute e dalla strumentalità delle prestazioni al complessivo benessere individuale e sociale della collettività servita".

Anche questo può spiegare quanto si è verificato durante l'emergenza sanitaria, ancora in corso. Quando l'epidemia è arrivata in Italia³⁹ – come noto, prima che in altri Paesi europei – si sono da subito verificate vistose asimmetrie. Anzitutto, nella c.d. fase 1, il virus ha aggredito soprattutto se non esclusivamente alcune parti del Paese e paradossalmente Comuni situati in Regioni con servizi sanitari diffusamente riconosciuti come virtuosi. Questa asimmetria si è poi attenuata nella seconda ondata di contagi, dopo le vacanze estive, aggravando però veri e propri divari nell'effettività dell'accesso alle prestazioni sanitarie. Si tratta di squilibri di gran lunga preesistenti alla pandemia, la quale ha dato solo ad essi una rinnovata visibilità, specie riguardo alla disponibilità di posti-letto in reparti di terapia intensiva⁴⁰. Ora, se molto si è fatto in risposta alla crisi pandemica per provare ad appianare almeno una parte di questi dislivelli, molto resta ancora da fare proprio perché si tratta di divari radicati⁴¹, non adeguatamente colmati e, anzi, a rischio di accentuazione in ragione di inerzie statali e pulsioni regionali, di cui si dirà oltre.

Non si può invece trascurare di considerare quanto abbiano influito negativamente sulla capacità di soddisfare i crescenti bisogni di salute e abbiano favorito invece la diffusione del virus pure differenti approcci organizzativi (anche nel contesto delle Regioni virtuose, o meglio con bilanci “sani”), nonché altri squilibri sempre tra Nord e Sud. Ci si riferisce in particolare a sistemi incentrati sulla medicina ospedaliera, a discapito di quella territoriale⁴²; alla scarsa valorizzazione della integrazione socio-sanitaria;

39 E oggi sappiamo che ciò è avvenuto prima dell'inizio ufficiale dell'epidemia (gennaio 2020).

40 Avverte tuttavia R. Balduzzi, *op. ult. cit.*, p. 342, che sarebbe errato pensare che il problema principale sia stato il *numero* dei posti letto. “Il problema, per contro, di ieri, di oggi e (speriamo) di domani, sta nella necessità di rispettare, valorizzare e tenere periodicamente aggiornati gli standard relativi all'assistenza ospedaliera e di pervenire il più rapidamente possibile alla definizione dei relativi standard dell'assistenza sanitaria territoriale, nonché di superare il mito del postoletto, a favore di una considerazione reticolare dei servizi che non significa semplicemente, secondo un mantra ripetuto all'inverosimile in questi mesi, più servizi territoriali, ma proprio più rete tra servizi territoriali ed ospedalieri, così da considerare in modo unitario la complessiva rete dei servizi sanitari e di tutela della salute”.

41 Che come precisa L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in “Nomos. Le attualità del diritto”, n. 1, 2020, pp. 20 ss., derivano da cause endogene, determinate dalle deficienze del governo locale, e cause esogene, conseguenti all'azione o inazione dello Stato.

42 A. Pioggia, *op. ult. cit.*, pp. 396 ss.; C. Ciardo, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza CoViD-19*, cit., p. 233; S. Lotti, *Il Servizio Sanitario*

agli errori compiuti, pur dove questa integrazione esisteva, nel non preservare soprattutto i più vulnerabili (gli anziani nella RSA); all'ancora troppo scarso investimento nella prevenzione delle malattie⁴³.

V'è comunque da considerare che, pur a fronte di aspetti di evidente impreparazione (si pensi in particolare alla carenza di presidi di protezione e, più in generale, a mancato aggiornamento del *Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale*⁴⁴), dopo un iniziale e forse inevitabile sconcerto e alcuni contraddittori messaggi, almeno nella fase 1, la risposta del sistema sanitario, nel suo complesso e al netto dei conflitti politici (che pur non sono mancati tra maggioranza politica e minoranze e tra centro e periferie), è stata adeguata e ha rilevato pure dei punti di forza: a cominciare dalla scelta di "aggredire" la pandemia puntando sulla prevenzione e sul contenimento del contagio attraverso misure riduttive dei contatti sociali (di distanziamento fisico), in luogo della scelta di attendere l'evoluzione "naturale" della malattia con interventi solo sui malati; una scelta che, come si è detto, è stata ispirata dal preciso e condivisibile obiettivo di salvaguardare i più deboli e che è stata assunta con estrema rigidità nella fase 1 dimostrandosi comunque efficace, sebbene gravosa, laddove, invece, quando queste misure sono state, in un secondo momento, assunte in altri Paesi non sembra che abbiano conseguito (e stiano conseguendo ad oggi) gli stessi risultati. Ed ancora, un altro punto di forza è stato ed è la natura pubblica del sistema sanitario italiano; il suo carattere nazionale, il quale hanno fatto sì che si sia potuto contare sull'insieme delle strutture sanitarie del Paese e che si sia potuta realizzare una solidarietà tra territori, aiutando quelli più colpiti⁴⁵, al contempo procedendo al rafforzamento dell'intero sistema.

Considerazioni di gran lunga diverse e molto più critiche devono invece avanzarsi riguardo all'approccio e alle risposte fornite nella seconda ondata di contagi. Molto è stato trascurato o sottovalutato; di più si poteva prevedere e prevenire, ma non è stato fatto per svariate ragioni, tra le quali hanno pesato certamente l'acuirsi del conflitto tra le parti politiche (in par-

Nazionale: una struttura pandemica, in www.centroriformastato.it.

43 R. Balduzzi, *op. cit.*, pp. 349-50.

44 V. R. de Maria, *Caratteristiche ed errori della gestione sanitaria della pandemia da COVID-19 in Italia*, cit., pp. 2 ss.

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.

45 Così R. Balduzzi, *op. cit.*, p. 342.

ticolare tra la regia governativa o, secondo alcuni, tecnico-governativa e le minoranze), tra lo Stato e le Regioni, e, all'interno della società civile, la sempre più marcata contrapposizione tra negazionisti e rigoristi.

Nel corso dell'estate si sono compiuti diversi errori (e da parte di molti), che hanno influito significativamente sulla nuova impennata dei contagi. La seconda ondata ha travolto, seppur sempre con una maggiore incidenza in alcune delle zone già stravolte dalla prima ondata, anche il Centro e il Sud dell'Italia, che si sono trovati nuovamente impreparati, sebbene sul fronte della diffusione dei sistemi diagnostici e del tracciamento dei contagi molto di più si poteva e doveva fare rispetto alla fase 1.

4. La sanità italiana nel post-Covid-19: le lezioni apprese per evitare riforme sbagliate

Ancora una volta e a tutt'oggi, il fronte dei rapporti tra centro e periferia ha rappresentato e continua a costituire uno dei nodi critici di questa pandemia. Tuttavia, anche su questo aspetto, è bene fare chiarezza, in quanto il dibattito è stato in parte confuso da affermazioni nient'affatto condivisibili, che hanno inciso sulla prefigurazione di scenari futuri e, in particolare, sulla previsione di revisioni costituzionali. Si allude soprattutto a quanti hanno evidenziato conflitti, inerzie ed errori compiuti nei rapporti tra Stato e Regioni e nel riparto delle funzioni, imputando la responsabilità di tutto ciò alla riforma costituzionale del Titolo V del 2001, la quale avrebbe rimesso alla competenza legislativa concorrente delle Regioni la materia della tutela della salute, privando lo Stato di competenze in materia e di poteri a garanzia di interessi unitari. Muovendo da questa convinzione, insieme ad altre proposte di riforma costituzionale⁴⁶, è stato ipotizzato il "riaccentramento" e la "statualizzazione" della sanità, nonché la previsione di una più ampia clausola di supremazia statale⁴⁷. Tuttavia, come è stato prontamente evidenziato⁴⁸, nell'esperienza repubblicana il servizio sanitario non è mai

46 Come l'introduzione di una disciplina dello stato di emergenza.

47 Il 26 maggio 2020 la Commissione Affari costituzionali del Senato ha avviato l'esame della proposta di legge costituzionale di iniziativa parlamentare recante "Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione" (A.S. 1825).

48 Cfr. R. Bin, *Caro Orlando, il vero problema della sanità è al centro, non in periferia*, in www.lacostituzione.info, 3 aprile 2020; A. Morelli, *Vaccinazioni e Regioni: quale lezione trarre riguardo al sistema delle autonomie?*, in "Diritti regionali", n. 1/2021; G. Falcon, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema*

stato accentrato, neanche nel previgente sistema mutualistico; così come il riconoscimento di più ampi poteri regionali precede la riforma costituzionale del 2001 e, di fatti, di “federalismo sanitario” si parla, seppur impropriamente, già prima della modifica del Titolo V della Costituzione. La stessa l. cost. n. 3 del 2001, pur con le sue carenze (alcune esplicitamente palesate), prevede e affida allo Stato la fissazione, la garanzia e il finanziamento dei livelli essenziali di assistenza (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.); la competenza legislativa esclusiva in materia di profilassi internazionale (art. 117, co. 2, lett. q, Cost.); la determinazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute (art. 117, co. 3, Cost.); affida al Governo il potere di intervenire in via sostitutiva a fronte di inadempimenti delle Regioni (art. 120, co. 2, Cost.). Quindi i poteri già ci sono, bisogna solo avere la volontà e la capacità di esercitarli⁴⁹. È pur vero, però, che specie (ma non solo) in questa emergenza si è riscontrata la carenza di sedi e di moduli realmente collaborativi, i quali potessero garantire anche la visibilità del confronto che si svolge in quelle sedi, visibilità che rileva pure ai fini dell'assunzione delle responsabilità per le posizioni assunte.

Insomma, è alquanto sterile barricarsi anche in questa circostanza dietro slogan a favore o contro il decentramento; è evidente invece che l'organizzazione e la gestione dei servizi sanitari non possano essere – domani, come non lo sono mai stati ieri – centralizzati, attesa la natura complessa del sistema e le peculiarità delle realtà ove di volta in volta va ad innestarsi l'organizzazione sanitaria.

Piuttosto, occorre ripuntare l'attenzione su altri fenomeni, come alcune prefigurate applicazioni del regionalismo differenziato, ex art. 116, co. 3 Cost., che potrebbero, queste sì, mettere a rischio ancora di più la tenuta dell'unità del sistema e accentuare il pericolo di destrutturare il SSN⁵⁰. Simili rischi sono ancora all'orizzonte e molto resta da fare per fornire,

sanitario, in “Le Regioni” n. 3, 2020, p. 453-4; S. Lotti, *Il Servizio Sanitario Nazionale: una struttura pandemica*, in www.centroriformastato.it.

49 R. Balduzzi, *op. cit.*, pp. 340-341 e 346; G. Falcon, *op. cit.*, pp. 453-4: “Coloro che – combattendo una battaglia cominciata ben prima della pandemia – sognano di ‘statalizzare’ la sanità, alla ricerca di una mitica uniformità, che non solo non è mai esistita, ma non è realizzabile neppure con la più accentrata delle gestioni, probabilmente non hanno compreso che semmai proprio la vicenda COVID sembra aver rafforzato, nella buona e persino nella cattiva sorte, il legame tra ciascuna Regione e il «suo» servizio sanitario. Ciò, peraltro, non attenua per nulla la parallela responsabilità dello Stato per l'efficacia e l'efficienza complessiva del sistema”.

50 R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in “RivistaAic”, n. 2, 2019; L. Chieffi, *op. ult. cit.*, pp. 2 ss.; F. Angelini, *Autonomia diffe-*

invece, risposte appropriate e rimediare a preesistenti e inique differenziazioni territoriali nel godimento del diritto alla salute; per colmare divari; per rafforzare il coordinamento statale in situazioni emergenziali senza per questo mortificare le competenze regionali; per riequilibrare il sistema complessivamente, eliminando pure inefficienze e sprechi.

E comunque, non solo sul versante dei rapporti tra Stato e Regioni occorre intervenire: in generale bisogna sicuramente puntare di più sulla prevenzione e su modelli organizzativi più congeniali ai bisogni di salute. Occorrerebbe, poi, ripensare e correggere l'approccio degli ultimi anni, troppo incentrato sulla dimensione economico-finanziaria. Non basta, infatti, accrescere i fondi e aumentare la spesa sanitaria, bisogna recuperare i principi ispiratori del SSN e correggere gli errori compiuti in questi anni nella concretizzazione degli stessi (anche sul piano della programmazione, della previsione e allocazione delle risorse e, nel complesso, sul sistema di finanziamento della sanità), rimediando agli squilibri e alle disfunzionalità che si sono prodotte. Per affrontare la crisi sanitaria ancora in corso, come quelle future, è opportuno poi migliorare la comunicazione, garantendo la completezza e la trasparenza delle informazioni sulle malattie e sugli stili di vita, rafforzando così la fiducia dei cittadini, prevenendo “negazionismi” e ipotesi complottiste, puntando altresì sulla consapevolezza dei consociati sul rilievo anche delle responsabilità individuali, oltre che di quelle delle istituzioni di governo, le quali per questo presuppongono chiarezza.

Si auspica tutto ciò affinché molte delle lezioni drammaticamente impartite dal Covid-19 possano ritenersi effettivamente tali, rifuggendo dalla possibilità di ripetere in futuro errori già commessi ed evitando di muoversi, nel progettare riforme e modifiche del quadro normativo vigente, in perfetto stile gattopardesco: tutto cambi, affinché nulla cambi.

SERGIO MAROTTA, ANDREA PATRONI GRIFFI*

SCIENZA, POLITICA E DIRITTO ALLA PROVA DEL COVID-19

1. *Scienza, politica, diritto: quale possibile equilibrio*

Spesso si pensa alla scienza come qualcosa di neutrale alla quale attingere quando c'è bisogno di prendere decisioni in determinate circostanze.

Quando la contingenza storica ci pone di fronte a una grave emergenza sanitaria come nel caso del Covid-19, è la medicina, la 'scienza', alla quale si rivolge l'attenzione dell'opinione pubblica e dei decisori politici. Date le particolari caratteristiche della scienza medica, costituzionalmente divisa tra le teorie della ricerca di laboratorio e le pratiche della cura dei singoli individui malati, diventa ancor più urgente domandarsi "se la scienza ci fornisca delle 'verità' (e sia magari l'unica a fornircele, come sosteneva il positivismo) oppure se sia una disciplina come tutte le altre semplicemente dotata di un suo linguaggio specifico ma senza un accesso privilegiato ai fatti"¹.

Del resto lo stesso Max Weber, all'inizio del Novecento, nella sua notissima conferenza sulla scienza come professione, più che di scienza in senso proprio preferiva parlare di tecnologia pratica "sviluppata scientificamente", chiarendo poi che anche la medicina si propone, come più in generale le scienze naturali, di dominare tecnicamente la vita senza domandarsi "quando la vita valga la pena di essere vissuta"².

* Nell'ambito di una riflessione condivisa, a Sergio Marotta vanno attribuiti i paragrafi nn. 1 e 2; i restanti paragrafi nn. 3,4,5 a Andrea Patroni Griffi.

1 P. Vineis, L. Carra, R. Cingolani, *Prevenire. Manifesto per una tecnopolitica*, Torino 2020, p. 86.

2 È utile rileggere le parole del sociologo tedesco: "Oppure prendete una tecnologia pratica così sviluppata scientificamente come la medicina moderna. Il 'presupposto' generale di questa attività è – in parole povere – che sia considerato positivo, unicamente come tale, il compito della conservazione della vita e della riduzione al minimo del dolore. E ciò è problematico. Il medico cerca con tutti i mezzi di conservare la vita al moribondo, anche se questi implora di

Da un punto di vista sociologico, proprio a proposito del rapporto tra scienza, tecnologia e politica, Luciano Gallino ci ha ricordato che siamo in debito con Niklas Luhmann perché è stato “uno dei primi a proporre di concepire la società mondo come un unico sistema sociale differenziato in sottosistemi di estensione planetaria”. Tra questi la scienza è, in condizioni normali, quello che si candida con maggiori chance di successo a costituire un riferimento oggettivo per tutti gli altri “in forza dell’universalità dei codici e delle pratiche degli scienziati”³.

In effetti è proprio l’impostazione funzionalista che ci induce a riflettere sulla prevalenza di una particolare prospettiva interpretativa della realtà sulle altre possibili, quanto meno in un periodo di emergenza sanitaria in cui si fa sentire con particolare forza la pressione, fino al limite estremo di una vera e propria ‘imposizione’, della prospettiva della scienza medica. Prendendo a prestito le parole di Aldo Schiavone, “la scienza e la tecnica sono apparse nitidamente per quello che effettivamente sono: le custodi dell’umano, le garanti della sua esistenza. I loro protocolli e le loro procedure, le loro prescrizioni sono diventate per la prima volta la misura di una globalità universalmente accettata”⁴.

Continuando a ragionare in termini di teoria funzionalista, la maggiore pressione del sottosistema della scienza medica pesa sul sistema politico e, attraverso quest’ultimo, sul sistema giuridico. Nello specifico, la produzione normativa dell’emergenza appare come una struttura condizionata dall’esterno e dipendente da mediazioni tra interessi più direttamente politici e necessità oggettive imposte dall’analisi scientifica della situazione. Ciò ha finito per mettere in crisi proprio il rapporto tra decisori e destinatari delle decisioni basato sul classico abbinamento tra sistema politico e sistema giuridico fondato su una costituzione. E ciò perché, come ha chiarito lo stesso Luhmann, “il sistema politico fa parte di quei sistemi di funzione

esser liberato dalla vita, anche se la sua morte è e dev’essere desiderata – più o meno consapevolmente – dai suoi congiunti, per i quali la sua vita non ha più valore mentre insopportabili sono gli oneri per conservarla, ed essi gli augurano la liberazione dai dolori (si tratta, poniamo il caso, di un povero folle). Ma i presupposti della medicina e il codice penale impediscono al medico di desistere. La scienza medica non si pone la domanda se e quando la vita valga la pena di essere vissuta. Tutte le scienze naturali danno una risposta a questa domanda: cosa dobbiamo fare se vogliamo dominare *tecnicamente* la vita?” (M. Weber, *La scienza come professione*, in Id. *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, Torino, 1966, 2° ed., p. 26).

3 L. Gallino, *Tecnologia e democrazia. Conoscenze tecniche e scientifiche come beni pubblici*, Torino 2007, p. 253.

4 A. Schiavone, *Progresso*, Bologna 2020, p. 140.

della società moderna il cui funzionamento quotidiano richiede e consente una grande quantità di decisioni rischiose, e anche qui alla base della tendenza al rischio crescente c'è una codificazione binaria. L'univocità di posizioni superiori e inferiori propria della struttura di uffici dello stato moderno consente di prendere e di imporre delle decisioni anche quando le loro conseguenze non possono essere previste"⁵.

Nel caso dell'emergenza da Covid-19, il legislatore democratico degli Stati costituzionali occidentali incontra difficoltà crescenti a coinvolgere nella decisione politica l'intera popolazione, dovendo fare i conti da un lato con l'opposizione diretta – ma certamente minoritaria – dei negazionisti, dall'altro, con la resistenza dei diversi sistemi sociali che vengono ad essere schiacciati nelle loro ambizioni di oggettività e, in qualche caso, nella loro stessa sopravvivenza, dalla prevalenza, sia pure temporanea, del sistema della scienza medica. Se la scienza medica – o meglio la tecnologia medica – mantiene la sua componente identitaria nel proprio ambito specifico di attività consistente nel trattamento degli individui malati e della malattia, si assiste al tentativo della particolare disciplina dell'epidemiologia, basata sostanzialmente sulla statistica e consistente nell'analisi dei fattori di rischio e della quantificazione della loro diffusione nella società, di assurgere all'oggettività interpretativa con la conseguente necessità di regolare i comportamenti sociali della generalità della popolazione. Si viene così a determinare una difficile interazione tra sistema della scienza medica come tecnica e sistema politico. In questa particolare contingenza, come chiarito anni fa da Luhmann, "il sistema politico può osservare il comportamento rischioso e, osservando, riferirsi a cause, a strutture oppure a ricorrenze statistiche. Se il comportamento umano viene identificato come causa, si può tentare di regolarlo, qualunque cosa poi accada di diverso da prima"⁶.

Si tratta dunque di trovare un difficile equilibrio tra la razionalità della tecnologia medica e la razionalità giuridica che permea di sé il risultato finale della decisione politica e che ha lo scopo di ridurre il rischio a un livello sopportabile di incertezza, tenendo presente che oggi appare in crisi profonda quello che Luhmann definiva "l'abbinamento tra sistema politico e sistema giuridico mediante la costituzione"⁷ che è l'elemento caratterizzante delle moderne democrazie liberali.

5 N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, p. 165.

6 N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, cit., p. 169.

7 N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, cit., p. 173.

2. Compressione delle libertà personali ed emergenza pandemica

Si inserisce in questo quadro la riflessione critica di molti costituzionalisti sulla eccessiva compressione dei diritti di libertà in forza dell'emergenza pandemica. Il diritto dell'emergenza sanitaria trova il suo fondamento nell'eccezionalità delle circostanze contingenti e nella loro particolare natura. A ciò si aggiunga che viene sempre più estesamente condivisa l'opinione che attribuisce le cause dell'attuale pandemia alla violazione di equilibri consolidati nel rapporto tra uomo e natura che sarebbe stato determinato dall'eccessivo sfruttamento delle risorse naturali e dallo stravolgimento delle condizioni di vita dell'uomo nel suo habitat naturale.

Secondo molti studiosi, come ad esempio, Ulrich Beck, ci troviamo di fronte a una "società mondiale del rischio". Secondo il sociologo tedesco, quello di rischio è un concetto "che presuppone delle scelte e cerca di rendere prevedibili e controllabili le conseguenze imprevedibili delle decisioni della nostra civiltà"⁸. Ma accanto ai rischi dovuti al cambiamento climatico e ai conseguenti conflitti ecologici è vero anche, come non manca di sottolineare lo studioso tedesco, che fino ad oggi il problema che ci si era posti, in via principale, non era quello della salvaguardia dei diritti fondamentali come quello alla salute, quanto piuttosto quello della massimizzazione della razionalità interna del sistema economico basato sulla convinzione che la liberalizzazione dei mercati avrebbe risolto quasi automaticamente i problemi di fondo dell'umanità⁹.

Non si comprende, infatti, la situazione attuale dettata dall'emergenza pandemica e le difficoltà crescenti nell'affrontarla, senza considerare come negli ultimi trent'anni si sia giunti ad amministrare alcuni servizi essenziali, come quello sanitario, sotto la prospettiva dominante dell'efficienza economica, comprimendo la possibilità di realizzazione effettiva di un diritto fondamentale come quello alla salute sulle esigenze del mercato¹⁰. In sintesi, negli ultimi quarant'anni, anche grazie ai processi di globalizzazione, le leggi dell'economia sono state rese universali ed estese ad ogni ambito di attività, mentre non si è riusciti a garantire l'universalità dei diritti fondamentali.

La pandemia da Covid-19 dovrebbe segnare il passaggio – o piuttosto il ritorno – a un diverso paradigma fondato su una forma di razionalità che

8 U. Beck, *Un mondo a rischio*, Torino 2003, p. 10.

9 Cfr. U. Beck, *Un mondo a rischio*, cit.

10 Nel settore della sanità pubblica i processi di aziendalizzazione hanno visto un primo importante passo con il d.lgs. 502/1992 che ha trasformato le Unità Sanitarie Locali (USL) in Aziende Sanitarie Locali (ASL).

tenga conto di un più adeguato bilanciamento tra le razionalità dei diversi sistemi funzionali coinvolti.

Nel quadro generale sommariamente descritto, si iscrivono due fattori su cui si ritiene opportuno riflettere: da un lato, la progressiva accentuazione delle disuguaglianze sociali, dall'altro l'accentuarsi di alcune caratteristiche proprie dell'individualismo moderno.

Quanto al primo fattore indicato, si può dire che vi sia una consapevolezza ormai raggiunta sulla circostanza che la pandemia da Covid-19 contribuisca ad aumentare ulteriormente il livello di disuguaglianza accentuando quei processi di concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi che erano già in corso a seguito della crisi finanziaria globale del 2008 e anche delle politiche messe in campo per uscirne. Le politiche di *austerità* che hanno caratterizzato il recente passato hanno ancor più accentuato il processo di smantellamento dello Stato sociale che è iniziato alla metà degli anni Settanta del secolo scorso. E ciò ha avuto delle conseguenze assai negative in quanto, come ha chiarito Robert Castel, “il ruolo principale dello Stato sociale non è stato quello di realizzare la funzione ridistributiva che gli si attribuisce più frequentemente. Infatti, le ridistribuzioni di denaro pubblico hanno intaccato solo assai debolmente la struttura gerarchica della società salariale. Il suo ruolo protettore è stato invece essenziale”¹¹. Quel sistema di protezione sociale assicurato dallo Stato sociale era sostanzialmente basato sull'idea di progresso, mentre la “società mondiale del rischio” si basa oggi sull'incertezza dell'avvenire che pesa sull'esistenza individuale e collettiva.

Lo smantellamento progressivo dello Stato sociale ha contribuito ad eliminare i principali meccanismi di protezione degli individui. E ciò è stato, dal punto di vista politico, il frutto avvelenato di una studiata campagna per l'egemonia che è iniziata proprio nella più ricca delle democrazie occidentali come gli Stati Uniti d'America¹².

Per un altro importante sociologo tedesco, Wolfgang Streeck, c'è stata una generalizzata sottovalutazione del “capitale come attore politico e come forma di potere sociale capace di adottare strategie specifiche” e, allo stesso tempo, dalla sopravvalutazione della “capacità di azione e di pianificazione della politica statale”¹³.

11 R. Castel, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Torino 2004, p. 33.

12 Si veda M. D'Eramo, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano 2020.

13 W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano 2013, p. 22.

Lo smantellamento del welfare è stato accompagnato da una nuova narrazione che vedeva nello Stato il nemico da abbattere per tornare a una piena libertà individuale. Ciò ha permesso la trasformazione di settori economici tradizionalmente ispirati a criteri di servizio pubblico e gestiti direttamente dallo Stato in settori di quasi mercato in cui l'introduzione delle regole di concorrenza giustificata dalla necessità di riportare efficienza si è rivelata come un fattore utile all'estrazione di profitti e di riduzione del rischio d'impresa¹⁴.

Nel caso italiano, in particolare, quella logica concorrenziale ha permeato di sé lo stesso meccanismo del servizio pubblico, inserendo nella dinamica della erogazione e ancora di più del finanziamento della sanità notevoli fattori di competizione sia tra i vari livelli di governo sia tra le diverse aree del Paese. In questo senso la gestione dell'emergenza pandemica mette in crisi l'impatto, la formulazione giuridica e lo stesso impianto teorico di circa vent'anni di regionalismo 'all'italiana' che, partendo dalla riscrittura del Titolo V, si proietta fino ai più recenti tentativi di attuazione dell'art. 116 Cost. Questa spinta 'riformista' che, partendo da una presunzione di inefficienza delle Regioni meridionali e da un malcelato rifiuto delle logiche redistributive su scala nazionale, ha profondamente parcellizzato il sistema sanitario nazionale in tanti sottosistemi regionali, ha penalizzato in maniera crescente i sistemi sanitari meridionali e forse in definitiva – come dimostra il dramma lombardo – ha reso anche meno efficienti i sistemi sanitari settentrionali¹⁵.

È significativo, poi, che la società dell'economia globalizzata abbia bisogno di giustificare e anzi di esaltare le disuguaglianze con teorie "ipermeritocratiche" e "occidentolocentriche". Come sostiene Thomas Piketty, nel corso della storia le diverse società hanno mostrato "grande creatività nella strutturazione ideologica e istituzionale delle disuguaglianze sociali, e sarebbe sbagliato interpretare queste costruzioni intellettuali e politiche solo come un velo ipocrita e privo d'importanza che consente alle élite di giustificare il loro immutabile dominio. Queste costruzioni riflettono lotte e visioni contraddittorie, che hanno tutte in qualche misura un fondo di sincerità e di plausibilità, e dalle quali si possono trarre utili insegnamenti"¹⁶.

14 Cfr. Collettivo per l'economia fondamentale, *Economia fondamentale. L'infrastruttura della vita quotidiana*, Torino 2019.

15 Sul punto si veda G. Vicarelli, G. Giarelli (a cura di), *Libro Bianco. Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19. Problemi e proposte*, Milano 2020.

16 T. Piketty, *Capitale e ideologia*, Milano 2020, p. 61.

Al progressivo smantellamento degli apparati di protezione messi in piedi dallo Stato sociale si aggiunge il fatto che alcune caratteristiche dell'individualismo contemporaneo lo rendono disfunzionale ad affrontare i rischi globali rappresentati, come nel caso del Covid-19, da una pandemia. Siamo, infatti, di fronte a un individuo che oggi appare ripiegato nella sfera privata che non riesce ad avere alcuna possibilità di controllo sulla propria sopravvivenza in un mondo in cui il pericolo del contagio si è immediatamente esteso al livello globale. Secondo Elliott e Lemert, ad esempio, l'individualismo prodotto dai processi di globalizzazione costringe l'individuo ad "affrontare la massa della società, e in modi assai più complicati della precedente idea di costruire un mondo migliore"¹⁷.

In tal senso, si potrebbe dire che la pandemia potrebbe contribuire, almeno in linea teorica, a correggere un pericolosissimo "disallineamento fra razionalità sociale e potere tecnologico"¹⁸ dal momento che essa rompe il processo di frammentazione che portava a moltiplicare e ad adattare i principi fondamentali ai diversi sistemi di attività sociale, per riproporre la classica gerarchia dei valori del costituzionalismo moderno sia pure in uno scenario profondamente stravolto dalla dimensione globale del contagio e dalla necessità di una risposta adeguata.

3. *L'attualità del pensiero di Max Weber*

Si sono da poco concluse le iniziative, non solo accademiche, che hanno ricordato la figura e l'opera di Max Weber in occasione del centenario della sua scomparsa – peraltro dovuta alle complicità della 'spagnola' nel giugno del 1920 – e il suo insegnamento torna di grande attualità dal momento che fu proprio lo studioso di Erfurt a sottolineare la "tensione irrisolta tra l'esigenza di scientificità [...] e il riconoscimento dei limiti che inevitabilmente le scienze" incontrano, quando si tratta di adottare scelte sull'organizzazione della vita degli uomini, che per definizione non possono che spettare alla politica e non certo agli scienziati¹⁹.

17 A. Elliott-C. Lemert, *Il nuovo individualismo. I costi emozionali della globalizzazione*, Torino 2007, p. 193.

18 A. Schiavone, *Progresso*, cit., p. 148.

19 P. Marsonet, *Per Weber il disincantamento del mondo era il vero male dell'Occidente*, in *loccidentale.it*, 4 marzo 2012, sottolinea che l'intera opera di Max Weber "è percorsa dalla tensione irrisolta tra l'esigenza di scientificità che egli impone al suo discorso, e il riconoscimento dei limiti che la razionalità tipica della scienza incontra quando l'uomo si accinge a specificare quali siano i significati ultimi in

Era stato lo stesso Weber, nel 1907, criticando un libro di Rudolf Stamm-ler²⁰, a identificare la differenza tra regole sociali e regole tecniche e a chiarire che, mentre le regole tecniche sono il frutto di criteri empiricamente fondati e connessi al raggiungimento di uno scopo, le regole sociali tengono conto delle interazioni sociali che determinano le condizioni dell'agire individuale e collettivo. Eppure, non era possibile per Weber risolvere il problema del diritto affidandosi alle sole regole tecniche dal momento che anche queste ultime devono fare i conti con la contingenza storica all'interno della quale devono trovare attuazione. Il diritto, infatti, è necessariamente condizionato dal contesto sociale dal quale esso viene generato e nel quale deve poi trovare la sua attuazione.

Come è noto, il pensiero di Weber è caratterizzato dalla centralità dei processi di razionalizzazione. E il diritto come archetipo di un tipo autonomo di razionalità indicata come razionalità formale in una situazione di emergenza sanitaria attinge i propri contenuti sia dalla razionalità di valore consistente nella necessità di preservare la vita umana, sia da una razionalità di scopo consistente nell'esigenza di attuare un principio di precauzione volto ad evitare il verificarsi ulteriori danni che si presuppongono ben più gravi. Insomma, se per una corretta attuazione della razionalità formale occorre tener conto delle diverse prospettive di interpretazione dei fatti sociali, non stupisce che nel processo di 'giuridificazione' possa prevalere la razionalità della scienza medica nel contesto di un politeismo moderno che proprio Max Weber aveva sistematizzato.

Peraltro quella che è sembrata cedevolezza della ragione normativa verso la razionalità della cultura scientifica è venuta dopo un lungo periodo in cui nessuno ha dubitato che il diritto dovesse cedere di fronte ad una presunta razionalità economica. Ed è significativo che oggi gli ambienti politici e culturali più preoccupati di violazioni della Costituzione siano talora gli stessi che non hanno posto alcuna resistenza all'esondazione della razionalità economica – ed anzi l'hanno giustificata – dimenticando le ra-

base ai quali organizzare la propria vita. Ne deriva, da un lato, l'ottimismo scien-
tista dei positivisti, e dall'altro l'acuta consapevolezza weberiana che il progresso
scientifico degli ultimi secoli costituisce la radice del particolare genere di razio-
nalizzazione che impronta le società dell'Occidente industrializzato. È proprio
questa consapevolezza della difficoltà dei tentativi volti a definire in modo preciso
la razionalità a rendere Weber più che mai attuale”.

20 M. Weber, *Rudolf Stamm-ler e il “superamento” della concezione materialistica della storia* (1907), in P. Rossi (a cura di), *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, Torino 2001.

gioni stesse di giustizia sociale alla base del costituzionalismo del secondo dopoguerra²¹.

D'altra parte la pandemia porta naturalmente a ripolitizzare le scelte e a spingere verso una gerarchia di valori in cui il diritto alla salute dovrebbe riprendere forza²².

Peraltro, anche Santi Romano, uno dei più grandi giuristi italiani della prima metà del Novecento, aveva compreso come l'identità del diritto stia proprio nella sua capacità di mantenere un equilibrio tra le sfere del sociale. Al di là della necessaria distinzione tra diritto ed etica, che però non sono neppure delle monadi, quando è stato concepito il fortunato assunto secondo cui il diritto rappresenta il *minimum* etico, si è detto in parte il vero, ma anche un'inesattezza. Il diritto rappresenta una quantità di morale, ma anche di economia, di costume, di tecnica, di scienza. E questa quantità, che non può circoscriversi e misurarsi *a priori*, non è affatto detto che possa e debba essere semplicemente un *minimum*²³.

Per assurdo, ma neppure tanto, visto che una tale opzione era stata paventata nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America, la politica avrebbe potuto decidere di fronteggiare l'epidemia senza il ricorso a misure di isolamento o distanziamento. In queste democrazie d'oltremarica e d'oltreoceano, sembrava volersi inizialmente puntare sulla cosiddetta "immunità di gregge", che nella situazione data avrebbe significato accettare la morte di decine e centinaia di migliaia di persone in più, soprattutto tra i fragili maggiormente esposti al rischio mortale derivante dalla malattia. La domanda quindi non è affatto oziosa né teorica. In questo caso, avrebbe avuto antidoti adeguati una democrazia pluralista contro la scelta di una "omissione normativa" di misure di contrasto all'epidemia? Di fronte a una scelta politica, che avrebbe comportato certezza di decine e centinaia di migliaia di morti in più, gli stessi custodi, le Corti avrebbero avuto spazi di intervento per sostituirsi alla politica e imporre un più alto livello di tutela della salute e della vita umana? È altrettanto evidente, d'altro canto, che una prolungata chiusura totale delle attività risulterebbe irragionevole rispetto ad altri diritti e interessi costituzionali.

21 Si veda, se si vuole, Andrea Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale*, in *Federalismi.it*, 4, 2018.

22 Sull'inconfigurabilità della salute come sorta di diritto tiranno e la necessità invece di operare ragionevoli bilanciamenti tra diritti e interessi costituzionali, anche quando risulta coinvolto il diritto alla salute e pure in presenza di ragioni legate all'emergenza sanitaria, v. *infra*.

23 S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

4. Diritto e scienza nei ragionevoli bilanciamenti dei diritti

La corrente epidemia si pone quale possibile nuovo osservatorio del tema classico del rapporto tra scienza e politica nella determinazione dei contenuti informati del fatto scientifico e nell'elaborazione stessa della regola giuridica²⁴.

In passato, non di rado, il decisore politico ha assunto in tema scelte sull'onda emotiva di un'opinione pubblica, talora distorta da una cattiva informazione sui fatti scientifici. Si pensi al caso Stamina o ad altre vicende simili, dove anche la giurisprudenza si è rapportata in modo errato con fatti scientifici sui quali alta era la pressione dell'opinione pubblica²⁵.

Di fronte alla presente crisi pandemica, la politica è apparsa talora quasi avere dismesso il proprio ruolo di decisore. Il governo ha preferito spesso rimettere le scelte fondamentali ai tecnici e agli scienziati, anche quando sono state prospettate ragioni scientifiche a fondamento di misure che hanno inciso – e continuano a incidere – in modo importante su diritti fondamentali.

Ciò pone, tra l'altro, ineludibili questioni anche relativamente alla costituzione e al funzionamento dei comitati tecnico-scientifici, alla modalità di adozione dei relativi provvedimenti su temi peraltro tecnicamente ancora controversi²⁶. Basti pensare all'incerto e altalenante dibattito nella comunità scientifica, all'inizio del picco pandemico della cosiddetta “prima ondata”, su diversi, e non secondari, profili. Incertezze scientifiche, derivanti da posizioni non chiarite, quando non errate assunte dalla stessa Organizzazione mondiale della sanità, hanno riguardato l'uso dei dispositivi di prevenzione, la stessa utilità del ricorso alle mascherine per i soggetti sani quale chiave di prevenzione del contagio, le modalità del contagio da contatto con le diverse possibili superfici infette nonché le terapie medicinali da seguire. Certo, con il passare del tempo, sono stati risolti alcuni di

24 Cfr. tra i classici G. Guarino, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, pp. 3 ss. V. più di recente G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del seminario annuale dell'associazione “Gruppo di Pisa”, Como 20 novembre 2015, Napoli 2016, in particolare il saggio di P. Carrozza, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, pp. 81-99.

25 Sia consentito rinviare per l'analisi di alcuni di questi casi a A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli 2016, spec. pp. 61 ss.

26 Cfr. A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli 2018, ma anche M. Terzi, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forumcostituzionale*, it, 2, 2020.

tali dubbi, ma su altre questioni il dibattito resta ancora vivo: sullo sviluppo degli anticorpi per i contagiati guariti, sull'efficacia temporale del vaccino, sulla contagiosità o non dei soggetti vaccinati se contraggono il virus pur non sviluppando la malattia. In tal senso, paradigmatica resta l'esempio della prescrizione, che inizialmente era anche dell'Oms, di effettuare tamponi solo ai sintomatici: prescrizione presto rinnegata dagli scienziati, pur non essendo del tutto chiaro, neppure oggi, il grado di contagiosità dei pazienti affetti dal virus in modo asintomatico²⁷.

In un quadro segnato da notevoli elementi di incertezza scientifica, il decisore politico deve comunque assumere scelte tempestive, nel bilanciamento dei diritti sottostanti.

Tali scelte, peraltro, per loro natura sono destinate ad essere mutevoli in rapporto sia al repentino evolvere degli eventi sia delle stesse conoscenze scientifiche. Nella presente emergenza pandemica, risulta in qualche modo confermato come in tutte le questioni legate alla scienza, il diritto e la connessa prescrizione normativa di condotte, obblighi e divieti devono trovare la loro razionalità giuridica nella ragionevolezza scientifica delle soluzioni. Dunque, è un bene che la politica si ponga in costante riferimento alla scienza e a comitati tecnico scientifici. Tuttavia, questo non significa che la politica debba, e possa, abdicare al proprio ruolo nell'individuazione delle misure più appropriate anche in una situazione di emergenza epidemica.

L'emergenza sanitaria rimette al decisore politico uno spazio normativo che incide inevitabilmente su questioni legate al bilanciamento di diritti e interessi costituzionali, in particolare, tra il diritto alla salute, la libertà personale, le libertà di circolazione e soggiorno, i diritti sociali ed economici, a partire dal diritto al lavoro e libertà di impresa, nonché altre libertà costituzionali²⁸.

27 Senza poi considerare certe inadeguatezze di singoli scienziati, soprattutto sul piano della comunicazione, che hanno scambiato proprie ipotesi, ancora da verificare, per verità scientifiche già acquisite.

28 Sul tema cfr. ampia dottrina recente, come ad esempio, *ex multis*, A. Ruggeri, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in *Consulta on line*, 1, 2020; F. Abbondante, S. Prisco, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2020; L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020; R. Di Maria, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *dirittiregionali.it*, 1, 2020; G. L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta on line*, 1, 2020.

La salute si pone, nella presente situazione di emergenza pandemica, nella sua natura di diritto fondamentale, con un contenuto strumentale alla stessa tutela del diritto alla vita.

Questa esigenza rafforzata di tutela potrebbe fare pensare di riproporre la discussa questione della gerarchia dei diritti. Sul punto, però, occorre essere chiari e non perdere la bussola offerta dalla Costituzione e dalla giurisprudenza del giudice delle leggi soprattutto in alcune decisioni.

La Corte, nella sentenza Ilva, ha offerto parole importanti in un'ipotesi di difficile bilanciamento. Anche le parole usate durante la prima ondata di contagi da coronavirus dalla Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia²⁹ sembrano molto chiare ed andare in analoga direzione a quelle già scritte dalla Consulta nel Caso Ilva, nella quale la Corte aveva evidenziato come “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri” e che la “tutela deve essere sempre ‘sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro’ (sentenza n. 264 del 2012)”. Prosegue la Corte, sottolineando che “se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”. Per tali ragioni il giudice delle leggi ritiene non potersi dunque “condividere l'assunto [...] secondo cui l'aggettivo ‘fondamentale’, contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un ‘carattere preminente’ del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona” in quanto, come rileva la Consulta nella medesima decisione, “la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”³⁰.

Anche nella situazione più estrema di emergenza sanitaria, e sinanche bellica, si deve ribadire che tra i diritti e interessi costituzionalmente protetti non vi è gerarchia, ma una sostanziale concorrenza.

Tale concorrenza, però, non consente sempre di tutelare tutti i termini del bilanciamento. Si consideri l'esempio classico del bilanciamento di inizio vita³¹, il diritto alla vita e alla salute fisica o psichica della madre

29 *Coronavirus, intervista a Marta Cartabia: “Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi”*, in *Corriere della Sera*, 20 aprile 2020.

30 Corte costituzionale, sent. n. 85/2013.

31 S. Agosta, *Bioetica e costituzione – Tomo I Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano 2012.

prevalere ragionevolmente, nelle condizioni di legge, attraverso l'interruzione volontaria di gravidanza alla soppressione della vita umana nascente, dunque, sull'interesse pur costituzionalmente riconosciuto di tutela del feto³².

La tutela della salute in una pandemia si pone come strumentale al diritto alla vita di tantissime persone, ma non in una posizione di pregiudiziale preminenza, che invece va verificata di volta in volta. Nel ragionevole bilanciamento il diritto alla salute, soprattutto nella fase di picco pandemico e in assenza di terapie adeguate, può prevalere su tutti gli altri diritti e libertà, sino ad apprestare le più penetranti limitazioni della libertà di circolazione delle persone o di altre libertà costituzionali³³.

Come evidente, si tratta di scelte che hanno come obiettivo di rallentare il contagio, cercando di mettere in condizione gli apparati al fine di predisporre misure in grado di tutelare la salute con una minore limitazione degli altri diritti in bilanciamento, quali il diritto al lavoro, le libertà d'impresa, riunione, circolazione, e non solo. Si deve anzi sottolineare come la provvisorietà di tali misure costituisce elemento essenziale nel fondamento della loro ragionevolezza.

5. *Quale futuro nel rapporto tra scienza e politica?*

La neutralità della scienza, in definitiva, talora diventa un mito, talaltra, e in modo anche più pericoloso, viene usata come alibi da una politica incapace di assumere decisioni sui fatti scientifici, assumendosene la relativa responsabilità.

La scienza in realtà pone solo i termini scientifici delle questioni giuridiche. Non si tratta tanto di sancire primati quanto un corretto rapportarsi tra scienza, politica e diritto.

Al riguardo, è vero che vi possono essere anche casi, in cui l'evidenza scientifica è acquisita e sulla stessa la scelta politica vede restringersi lo spazio di esercizio della discrezionalità legislativa, in quanto talune scelte normative appaiono come scientificamente, e quindi anche giuridicamente insostenibili. Di fronte ad evidenze scientifiche acquisite, pur dovendosi co-

32 Interesse di tutela che la giurisprudenza costituzionale, che ha "riscritto", come si suole dire, la legge 40, riconosce anche all'embrione umano.

33 Sulla libertà di culto cfr. A. Fuccillo, M. Abu Salem, L. Decimo, *Fede interdetta? L'esercizio della libertà religiosa collettiva durante l'emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in *Calumet – Intercultural Law and Humanities Review*, 4 aprile 2017, pp. 87 ss.

munque valutare dinamicamente il progresso sempre più rapido della scienza stessa, si riduce notevolmente il margine di apprezzamento del legislatore e, poi, dello stesso giudice nell'applicazione del diritto al caso concreto.

Normalmente però il necessario fondamento nella razionalità, che diventa "ragionevolezza scientifica" non esclude l'ambito di scelta e esercizio di discrezionalità legislativa. Ciò soprattutto, di fronte alle questioni scientifiche più controverse, anche nella pluralità degli osservatori scientifici, che pongono semmai pure dilemmi etici e che solo la politica potrà affrontare con gli strumenti di una democrazia costituzionale. Come giustamente rilevato, "le acquisizioni scientifiche [...] pongono limiti alla discrezionalità legislativa", ma al contempo "le acquisizioni tecnico-scientifiche non sono da considerarsi un dogma indiscutibile"³⁴. Tale affermazione trova conferma anche di fronte alle questioni terribili poste dall'emergenza da Covid-19.

Spetta sempre alla politica intervenire e *sapere* regolare.

Certo, in un quadro di crisi della rappresentanza, che invero riguarda eletti ed elettori, e di cattiva qualità della politica, si comprende che, di fronte alle sfide che ci pone il presente, emergono tutti i pericoli di una politica inadeguata a svolgere il proprio compito³⁵.

Scienza e politica devono essere in dialogo, ma ciascuna deve conservare il proprio linguaggio e i propri strumenti. Anche nella presente emergenza sanitaria, il biodiritto trova nella scienza una sede idonea a fondare ragionevolezza, e quindi anche legittimità, delle scelte politiche, senza che l'una possa però sostituirsi all'altra.

Le forme di legittimazione scientifica e politica, in una democrazia, sono distinte ma si devono contaminare, per assicurare una "legittimazione dall'alto"³⁶, che si giustifica nei principi costituzionali, e alla luce degli stessi, anche nella scienza. Gli stessi principi costituzionali vanno ricavati

34 R. Balduzzi, *La tensione tra il principio di indispensabilità della vita umana ed il principio di autodeterminazione*, in P. Macchia (a cura di), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli 2012, p. 54.

35 Cfr. *ex multis* D. Nocilla e L. Ciaurro, (voce) *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 594; S. Staiano, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, ma anche L. Di Majo, *La rappresentanza in declino: partiti politici e gruppi di pressione nelle procedure democratiche*, in *Forumcostituzionale.it*, 25 luglio 2016.

36 A. Spadaro, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, pp. 569 s.

non come risultato statico nel tempo, ma in un processo che richiede di elaborare dinamicamente nuovi e diversi contenuti normativi.

Il progresso e la ricerca scientifica sono uno straordinario strumento di tale dinamismo. Tale dinamicità del diritto paradossalmente garantisce anche un maggiore grado di accettazione dello stesso. Il fatto è che il “*deficit* strutturale degli enunciati costituzionali può, dunque, essere almeno in parte colmato attingendo in sede interpretativa alle indicazioni offerte dall’etica e dalla scienza, quali fattori di stabilizzazione e, allo stesso tempo, di rinnovamento semantico degli enunciati stessi”³⁷.

La stessa giurisprudenza costituzionale presuppone un “legislatore scientificamente informato”³⁸. Fondamentale distinguere, al riguardo, le ipotesi in cui dalla Costituzione, riempita di significato dal dato scientifico, si possano ritrovare rime obbligate che consentano interventi additivi oppure no.

In questi limiti, i fatti scientifici rilevano come elementi indispensabili al fine della decisione politica. Quegli stessi fatti, qualora ignorati dalla politica, emergeranno in sede di sindacato costituzionale³⁹, sul piano della ragionevolezza, proporzionalità e, dunque, in definitiva legittimità stessa della scelta. Una sfida anche per il giudice delle leggi che deve verificare che non vi siano le crisafulliane rime obbligate dalla Costituzione e che i fatti scientifici lascino spazio di azione alla scelta legislativa.

In questo ambito, peraltro, il ricorso all’*amicus curiae* si pone come utile strumento di aiuto qualificato per il giudice delle leggi sui temi tecnici e scientifici⁴⁰, rispetto anche ai loro stessi risvolti bioetici.

In contrasto con rime costituzionalmente, ma anche scientificamente, obbligate, la scelta legislativa si pone al contempo *contra scientiam* e *contra Constitutionem*, come nel caso del divieto generale di analisi genetica

37 A. Ruggeri, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Rivista AIC*, 10, 2016, p. 412.

38 V., ad esempio, Corte cost., sent. n. 96/2015.

39 S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. Dir.*, 2, 2015.

40 V. T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae. Dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale italiana*, in *Consultaonline*, 1, 2019, pp. 123 ss., nonché V. Marcenò, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, pp. 393 ss. e da ultimo A. Iannuzzi, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, 2, 2020; C. Della Giustina, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche delle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”*, *Osservatorio cost.*, 3, 2020, pp. 506 ss.

preimpianto. Ma la legge n. 40/2004 è anche osservatorio di questioni dal punto di vista etico, scientifico e giuridico assai controverse⁴¹, come quella sulla sorte degli embrioni sovrannumerari o sulla maternità surrogata⁴².

In realtà, la legge n. 40 in tema di fecondazione assistita, certamente esito di un cattivo modo di regolare questioni dal forte significato etico e scientifico, dimostra comunque l'importanza che il legislatore non si sottragga dalla necessità di disciplinare le questioni scientifiche ed eticamente controverse. Egualmente potrebbe sostenersi per l'elaborazione di una legge che disciplini le situazioni di emergenza epidemica, al di là del generico stato di emergenza previsto dal codice della protezione civile.

Ogni legge che affronti temi scientifici, soprattutto in presenza di risvolti bioetici, non potrà aspirare a regolare ogni aspetto relativo alla molteplicità mutevole di situazioni che sempre potranno emergere nella prassi in un quadro particolarmente dinamico⁴³. Non occorrono, in tali ambiti, leggi quindi che regolino nel dettaglio, quanto norme in grado di delineare una "cornice" chiara delle tematiche. Sulle questioni scientifiche, ancor più in un quadro di emergenza sanitaria, occorre in definitiva una capacità di elaborazione multifattoriale, al contempo giuridica e scientifica, di regole che consentano al diritto "di reagire alle incognite del tempo"⁴⁴ e di rispondere al contempo ai canoni della razionalità scientifica e di quella normativa.

41 Anche A. Cossiri, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, pp. 772 ss. sottolinea l'importanza della partecipazione dei portatori di interesse. V. anche G. Di Genio, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forumcostituzionale.it*, 20 maggio 2009.

42 Di recente sulle implicazioni costituzionali e bioetiche dell'inizio vita nella fecondazione assistita, v. L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino 2018.

43 Per una più ampia argomentazione di tale posizione si rinvia A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., *passim*.

44 C. Pinelli, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli 2004, p. 1682.

CARLO IANNELLO

RIFLESSIONI SU ALCUNE CONSEGUENZE ORDINAMENTALI PRODOTTE DALL'EMERGENZA COVID: DALLE LIMITAZIONI DELLE LIBERTÀ COSTITUZIONALI ALLA RIEMERSIONE DEL SISTEMA PARALLELO DI AMMINISTRAZIONE EXTRA ORDINEM

1. *Precisazione: è la necessità di tutelare la “salute pubblica” la causa legittimante la limitazione delle libertà costituzionali*

Nella recente letteratura che sta approfondendo il conflitto attualmente in atto tra salute e libertà, conseguenza dell'emergenza sanitaria che dura da oramai un anno¹, così come nella (oramai copiosa) giurisprudenza in argomento, spesso si sono usati scambievolmente il concetto di diritto fondamentale alla salute e quello di tutela della salute pubblica, come se fossero fra di loro fungibili²; di modo che la tutela del diritto “fondamentale” finisce con l'apparire del tutto sovrapponibile alla tutela della salute pubblica, cioè della salute vista come “interesse della collettività” (e viceversa). Una tale rappresentazione, tuttavia, rischia di lasciare nell'ombra la circostanza, peraltro chiaramente espressa nel dettato costituzionale (art. 32), che si tratta di due declinazioni del concetto di salute non solo profondamente

1 Sulle relazioni tra l'emergenza sanitaria e il sistema delle fonti cfr. il numero speciale del 2020 della rivista *Osservatorio sulle fonti* dal titolo *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19* e, in particolare, P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di stato*, ivi, pp. 295 e ss.; U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, ivi, pp. 300 e ss.

2 Cfr., ad esempio, M. Pierri, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei Governatori: il caso della Puglia*, in *Osservatorioaic.it*, 6/2020, pp. 121 ss. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. T.A.R. Puglia (Lecce), sez. II, dec. 6 novembre 2020, n. 695, in *dirittifondamentali.it*.

diverse, ma che si pongono fra di loro in una relazione, perlomeno potenzialmente, conflittuale.

L'uso scambievole dei due concetti cui si è accennato deve essere pertanto una conseguenza della forza della tradizione che, soprattutto in un momento di crisi sanitaria come quello attuale, porta a considerare il concetto di salute nell'accezione con cui esso si è imposto all'attenzione delle politiche pubbliche degli Stati moderni, cioè come tutela della salute pubblica.

Sembra pertanto opportuno chiarire il significato che il concetto di salute assume nell'economia dell'art. 32 Cost., che lo prende in considerazione in tre diverse declinazioni.

La prima è saldamente legata al modo tradizionale con cui gli ordinamenti statuali ne hanno declinato il concetto a partire dal Settecento, cioè come salute pubblica³. Questa idea rimanda a quel complesso sistema amministrativo di protezione della salute della collettività che gli Stati hanno costruito sulla base delle acquisizioni scientifiche in tema di diffusione delle malattie e riguarda tutte quelle misure volte alla loro prevenzione che gli studi di igiene di quegli stessi anni andavano via via scoprendo⁴. Questa prima e tradizionale accezione di salute ha posto le premesse affinché il settore pubblico, attraverso un apparato di polizia sanitaria, cominciasse ad occuparsi della salute dei cittadini, considerata come un elemento essenziale per la garanzia di un ordinato e proficuo sviluppo della società. Da questo punto di vista, il concetto di salute ha svolto una funzione antitetica rispetto a quello di libertà, nel senso che la salute pubblica, assunta ad interesse pubblico specificamente tutelato dal diritto sanitario, ha rappresentato una legittima causa di limitazione delle libertà individuali, peraltro anche molto penetrante⁵.

Il risvolto novecentesco di questa concezione della salute è stata la sua individualizzazione, cioè la sua declinazione nei termini del diritto soggettivo alle cure. Un diritto individuale che è nato come diritto sociale, cioè come pretesa a una prestazione erogata dal servizio sanitario nazionale su base universalistica e in modo tendenzialmente gratuito. Anche tale aspetto è preso in considerazione dalla Carta costituzionale, nella misu-

3 Sul punto cfr. A. Santosuosso, *Corpo e libertà*, Milano 2001, pp. 15 ss.

4 Per questa concezione cfr., tra gli altri, S. Lessona, *Trattato di diritto sanitario*, vol. I, Milano-Torino-Roma. 1914, nonché F. Cammeo, *Sanità pubblica in Primo trattato completo di diritto amministrativo diretto da V. E. Orlando*, vol. IV, 1905, pp. 213 ss.

5 C. Iannello, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Napoli 2020, pp. 1 ss.

ra in cui prevede il compito della Repubblica di garantire “cure gratuite agli indigenti”. In questo modo la salute si è distaccata dalla dimensione, meramente oggettiva, che aveva in precedenza (perché coincideva con la tutela di un interesse della collettività) per incarnare anche le sembianze di un diritto soggettivo (cioè individuale) di carattere sociale. In questa dimensione sociale è ancora molto forte il nesso che lega le due menzionate declinazioni della salute: un efficiente servizio sanitario, infatti, se da un lato serve a garantire un diritto sociale a prestazione, dall’altro lato si pone in modo strumentale con la tutela della salute pubblica, come una sorta di suo completamento: quanto più è garantito l’accesso alle cure, tanto più efficacemente si tutelerà la salute pubblica.

La Costituzione repubblicana, tuttavia, e solo essa nel panorama del costituzionalismo del secondo dopoguerra, ha messo in primo piano una nuova e rivoluzionaria declinazione della salute, che si distacca in modo sensibile dalle due appena esaminate: quella di diritto fondamentale, declinato come libertà di autodeterminazione con riferimento alla piena disponibilità del proprio corpo da parte del malato⁶. Una declinazione, si badi, che si pone in una chiara relazione conflittuale con la tutela della salute pubblica. Il conflitto tra le due accezioni della salute, quella della libertà individuale e quella dell’interesse collettivo, è stato compiutamente bilanciato dal secondo comma dell’art. 32 Cost., sancendo la netta prevalenza della libertà. Per la Costituzione la salute è, prima di tutto, “un fondamentale diritto dell’individuo”, cioè una vera e propria libertà individuale da tutelare rigorosamente. Lo statuto costituzionale della limitazione della libertà di auto-determinazione inerente la propria salute è, infatti, molto rigoroso: la ‘libertà di salute’⁷ può essere limitata, con l’imposizione di un obbligo, ma perché ciò possa avvenire non solo deve intervenire necessariamente la legge, ma questa legge è soggetta a un penetrante e invalicabile limite di carattere sostanziale, non potendo “in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”. Un limite assoluto, dunque, che testimonia limpidamente la superiorità che il rispetto della persona umana assume nel catalogo assiologico della Costituzione: non è consentita nessuna strumentalizzazione della persona per il raggiungimento di finalità di interesse collettivo. Per limitare la libertà individuale inerente la propria

6 Cfr. S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà, M. Tallachini (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Vol. I, Milano 2010, pp. 169 ss.

7 Come la definisce D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano 2002, *passim*, in part., pp. 36 ss.

salute, stando alla costante giurisprudenza della Corte costituzionale, è pertanto necessario ricorrano due presupposti: al beneficio per la collettività deve accompagnarsi il beneficio individuale⁸.

La dimensione collettiva della salute svolge, pertanto, la sua tradizionale funzione di limite rispetto alle altre libertà costituzionali, in modo molto diverso a seconda delle libertà costituzionali da comprimere: nella misura in cui la compressione si rivolge all'altra faccia della salute, cioè alla libertà di salute⁹, gli spazi per una legittima limitazione sono stretti e rigorosamente indicati dallo stesso art. 32 Cost.; spazi che si ampliano, invece, se oggetto della limitazione sono le altre libertà costituzionali.

Pare pertanto inappropriato intendere il bilanciamento tra salute e libertà, cui si assiste in questi tempi di emergenza, come se intervenisse tra la tutela del diritto alla salute e la tutela delle altre libertà costituzionali¹⁰. Al contrario, il bilanciamento è fra le libertà costituzionali (esclusa la libertà di salute), da un parte, e la tutela della salute pubblica, cioè della salute vista come interesse della collettività, dall'altra parte. Un bilanciamento in cui, se è corretto che prevalga la tutela della salute pubblica, ciò deve avvenire sempre con lo scrupoloso rispetto dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità¹¹.

8 Cfr. la giurisprudenza costituzionale sulle vaccinazioni obbligatorie, dalla quale emerge chiaramente che il Giudice delle leggi considera che l'art. 32 Cost. contempla "l'autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale" (cfr. Corte cost. n. 307 del 1990, punto 2 del considerato in diritto; Corte cost. n. 218 del 1994, punto 2 del considerato in diritto e, più recentemente, Corte cost. n. 5 del 2018 punto 8.2.1. del considerato in diritto) per cui per giustificare un trattamento sanitario obbligatorio non solo deve esserci un beneficio per la collettività (la tutela della salute pubblica), ma anche un beneficio individuale (la tutela della salute di chi si sottopone). Su tali aspetti cfr. M. Plutino, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *BioLaw*, 2/2019, pp. 541 ss.

9 Di "libertà di salute" discorre D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano 2002, *passim*, in part., p. 36 ss.

10 Cfr. M. Pierri, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei Governatori: il caso della Puglia*, cit., pp. 121 ss.; T.A.R. Puglia (Lecce), sez. II, dec. 6 novembre 2020, n. 695, cit.

11 Cfr. sul punto, condivisibilmente, A. Morelli, *Illegittimità dei Dcpm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giustizia, istituzioni*, 1° settembre 2020, secondo cui "La salvaguardia della salute come 'interesse della collettività' (art. 32, co. 1, Cost.) può ammettere restrizioni anche incisive in situazioni eccezionali, ma non può giustificare limitazioni abnormi dei diritti fondamentali, insostenibili per il sistema costituzionale. Per questo, tutte le misure restrittive delle libertà finora adottate (e quelle che ancora potrebbero intervenire) per contenere la diffusione del coronavirus non possono ritenersi esentate

2. *L'assenza di una disciplina costituzionale dell'emergenza nella Costituzione italiana e la problematica limitazione dei diritti fondamentali*

La tutela della salute pubblica, già in periodi ordinari rappresenta, dunque, una legittima causa di limitazione delle libertà costituzionali. Ad esempio, lo statuto della libertà di circolazione previsto dall'art. 16 Cost. fa espresso riferimento alle "limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza" e a questi stessi motivi si riferisce l'art. 14 Cost. in tema di libertà di domicilio; ma la tutela della salute pubblica, come causa di limite delle libertà, si può rintracciare in un'ampia nozione di sicurezza (cui si riferiscono sia l'art. 17 Cost., relativo alla libertà di riunione, sia l'art. 41 Cost., in tema di libertà di iniziativa economica) e la si può anche considerare immanente nel sistema, tutte le volte in cui la Costituzione non effettui essa stessa un analitico bilanciamento, come avviene proprio nel caso, prima esaminato, del conflitto tra libertà individuale e interesse della collettività inerenti la salute.

Se la tutela della salute pubblica è presa in considerazione come una valida causa di limitazione delle libertà costituzionali nell'ordinario svolgimento della vita associata, quando ci si trova in presenza di una emergenza di tipo sanitario, come quella attuale, a maggior ragione i bilanciamenti tra i diritti e gli interessi coinvolti non possono non tenere questa circostanza in una adeguata considerazione per garantire un'opportuna tutela dell'interesse collettivo alla salute pubblica.

Tuttavia, come è noto, la Costituzione repubblicana nulla dispone per le situazioni di emergenza. A differenza di altri ordinamenti, come, ad esempio, quello francese o quello spagnolo, in Italia manca una disciplina costituzionale dello stato di emergenza, inteso come una situazione imprevedibile che comporta un grave pericolo per la convivenza civile, determinato dai più diversi fattori, naturali o umani¹². Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai conflitti armati, alle insurrezioni interne, agli attentati

dal sindacato degli organi giudiziari competenti, dovendosi poterne vagliare la proporzionalità, l'adeguatezza e la ragionevolezza. Il fine di contrastare la pandemia, infatti, non può essere perseguito sacrificando in misura intollerabile o in modo definitivo la stessa salute di molti altri cittadini affetti da patologie che le misure restrittive della libertà di circolazione rischiano di aggravare, o ancora altri beni costituzionali come il diritto al lavoro, la libertà di religione, le libertà economiche ecc.".

- 12 Sulla questione si rinvia a F. Modugno, D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, pp. 515 ss.; A. Pizzorusso, *Emergenza (stato di)* in *Enc. delle scienze sociali*, Roma, 1993, pp. 551 ss. V. Angiolini,

ti terroristici, alle calamità naturali o alle catastrofi derivanti dall'attività dell'uomo, come l'incendio di un'industria inquinante¹³.

Altre Costituzioni, invece, contengono discipline degli stati di emergenza che possono comportare anche una sospensione oppure una limitazione dei diritti costituzionali dei cittadini¹⁴.

L'assenza di una tale previsione nella Costituzione italiana è frutto della ritrosia dei Costituenti a prevedere ipotesi di concentrazione dei poteri in capo al Governo o al Presidente del Consiglio. Difficile stabilire ora se i timori che sostennero la ritrosia dei Costituenti fossero fondati¹⁵. Certo è che con l'avvento della Costituzione repubblicana e della nuova concezione dei diritti fondamentali è cambiato radicalmente lo stesso paradigma che presiede alle limitazioni dei diritti¹⁶.

Se il tema si affrontasse all'interno di una concezione statualistica dei diritti, ad esempio, propria del giuspositivismo ottocentesco, la questione potrebbe essere risolta in modo molto più agevole.

Necessità ed emergenza nel diritto pubblico, Padova, 1986, *passim*; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, Milano 2003, *passim*.

- 13 L'elencazione riportata è meramente esemplificativa, dal momento che il concetto di emergenza è, come è stato rilevato, "un concetto aperto" G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli 2016, p. 8. Con riferimento al dibattito sulla necessità di costituzionalizzare l'emergenza, riemerso in questi tempi di pandemia, cfr. la stessa G. De Minico, *Costituzionalizziamo l'emergenza?* nel numero speciale del 2020 della rivista *Osservatorio sulle fonti* dal titolo *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, 541 e ss.
- 14 Si pensi alla Costituzione francese del 1958 (che prevede sia un'ipotesi di poteri eccezionali, sancita dall'art. 16, sia una disciplina *ad hoc* per lo stato d'assedio, sancita dall'art. 36) o la Costituzione spagnola del 1978 (che contiene una articolata disciplina dello "stato di allarme, di emergenza e di assedio" all'art. 116). In riferimento all'esperienza spagnola, cfr. L. Ferraro, L. Di Majo, *La gestione dell'emergenza sanitaria in Italia e profili di comparazione*, in M. Borgato, D. Trabucco (a cura di), *Covid-19 vs. Democrazia*, Napoli 2020, pp. 116 ss.
- 15 Certamente, si tratta di preoccupazioni pienamente comprensibili sul piano storico, ove si rifletta, da un lato, che il nazismo hitleriano si avvale dell'articolo 48 della Costituzione di Weimar, secondo il quale il presidente del Reich poteva "prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali"; dall'altro, che la stessa dittatura fascista può essere considerata come una sorta di instaurazione di uno stato di eccezione durato un ventennio.
- 16 In tema imprescindibile è il riferimento all'art. 2 Cost. Cfr. M. Fioravanti, *Art. 2*, Roma 2017, pp. 11 ss. In tema cfr. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, p. 3, secondo il quale questo articolo ha gettato "un ponte verso la tradizione anglo-americana".

Per l'impostazione giuspositivista ottocentesca, che aveva sradicato i diritti dal loro fondamento giusnaturalistico, la limitazione dei diritti non comportava particolari problemi teorici, nella misura in cui gli stessi diritti individuali erano concepiti come una autolimitazione dello Stato e non, come nelle concezioni giusnaturalistiche di stampo angloamericano, diritti inalienabili perché ontologicamente inerenti alla natura umana¹⁷.

Secondo la concezione statualistica dei diritti, così come teorizzata dalla scuola del diritto pubblico italiano¹⁸, infatti, i diritti di libertà erano attribuiti dallo Stato e trovavano il fondamento della propria esistenza esclusivamente nella legge statale. Conseguentemente, alla legge stessa poteva essere riconosciuto, senza entrare in alcuna contraddizione, un ampio margine di libertà nello stabilirne i limiti. Secondo Ranalletti¹⁹, ad esempio, "si può riconoscere un diritto di libertà dell'individuo solo fino al limite in cui le manifestazioni della sua attività non siano contrarie *all'ordine pubblico esistente*, cioè alle istituzioni e ai principi fondamentali, su cui riposa *l'assetto sociale e politico* del nostro paese"²⁰.

È noto che nell'Ottocento la classe borghese in ascesa non aveva più bisogno di rivendicare i suoi diritti in funzione oppositiva rispetto a uno Stato originariamente inteso come antagonista e a una società che si voleva rifondare da capo, essendo oramai giunta saldamente alla guida degli stati nazionali, per cui i diritti individuali di libertà avevano perso quella tensione rivoluzionaria che aveva caratterizzato il costituzionalismo delle origini. Oramai, gli stessi diritti individuali erano da considerarsi il prodotto di uno Stato ad egemonia borghese: la legge dello stato poteva porre tutte le limitazioni ritenute necessarie alla salvaguardia dell'ordine sociale e del predominio conquistato.

Così come la limitazione dei diritti era nella piena disponibilità della legge, anche la loro sospensione non comportava grossi problemi di carattere teorico. Conseguentemente, nelle situazioni di emergenza, in cui non si poteva attendere il tempo necessario per l'approvazione di una legge, la conservazione dell'ordine sociale era messa al primo posto. Non può pertanto stupire che in questo orizzonte culturale la necessità sia stata con-

17 G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* [ed. or. 1892], ed. it. a cura di V.E. Orlando, Milano, 1912.

18 S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900.

19 O. Ranalletti, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico della Repubblica italiana*, Parte generale, Milano, 1951, p. 115.

20 *Ibidem*, p. 117. Il corsivo è dell'autore.

siderata essa stessa come una fonte del diritto non codificata²¹, in grado di sostenere la legittimità di un intervento dei pubblici poteri anche in assenza di un preciso fondamento normativo.

Al contrario, in un ordinamento a Costituzione rigida di ispirazione liberal-democratica, in cui i diritti individuali si caratterizzano per avere una funzione fondativa dell'ordinamento, anche la gestione dell'emergenza va necessariamente ricondotta all'interno della legalità costituzionale, scartando ogni ricostruzione che fonda la risposta alla situazione di emergenza su una fonte del diritto *extra ordinem*.

Per cui, da un lato, la fonte di legittimità dei poteri emergenziali, non può risiedere nella necessità, cioè in un fatto extra giuridico, come riteneva l'insegnamento della citata dottrina²², ma è da rintracciarsi all'interno dello stesso ordinamento costituzionale e, dall'altro lato, i diritti sono limitabili solo nella misura in cui ciò sia strettamente necessario per la salvaguardia di altri fondamentali valori costituzionali.

2.1. *La tradizionale risposta alle emergenze a cavallo tra decreti legge ed ordinanze "libere"*

Venendo adesso alle questioni di carattere formale, si deve osservare che il diritto costituzionale italiano ha una sola disposizione che si presta ad essere utilizzata al verificarsi di eventi che rientrano nel concetto di emergenza inteso in senso ampio, cioè come una situazione imprevedibile che comporta un grave pericolo per la convivenza civile, che può essere determinato dai più diversi fattori, naturali o umani²³. Si pensi, a titolo me-

21 Sul punto si rinvia a S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, p. 220, il quale scrive: "La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate". La caratura autoritaria della ricostruzione romaniana ben emerge dalla critica alle opinioni più pensose della tutela della libertà individuale, nelle quali vedeva "un residuo, sia pure inavvertito, del dottrinarismo costituzionale della prima maniera, che di tale libertà faceva un *prius* irriducibile, una barriera più o meno insormontabile di fronte alla potestà dello Stato" (ivi, p. 257).

22 Cfr. S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, cit.

23 Sulla questione si rinvia a F. Modugno, D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1988, pp. 515 ss.; A. Pizzorusso, *Emergenza (stato di)*, cit., pp. 551 ss.

ramente esemplificativo, alle insurrezioni interne, agli attentati terroristici, alle calamità naturali o alle catastrofi derivanti dall'attività dell'uomo²⁴.

Si tratta dell'articolo 77 Cost., che detta la disciplina del decreto-legge, se si mette da parte l'art. 78 Cost., che disciplina un'ipotesi specifica, cioè lo stato di guerra (articolo che, infatti, dal 1948 ad oggi non è stato mai applicato²⁵).

Conseguentemente, nel periodo repubblicano, gli stati di emergenza sono stati sempre affrontati o attraverso l'utilizzo dello strumento del decreto-legge, oppure ricorrendo ai cosiddetti poteri *extra ordinem*, già presenti nel tessuto legislativo dell'Italia pre-repubblicana. Si tratta delle cosiddette ordinanze "libere", cioè di atti amministrativi in grado di derogare all'ordine giuridico esistente. Si pensi, ad esempio, all'articolo 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. n. 773 del 1931), il quale attribuiva al prefetto un vastissimo potere, consentendogli di adottare "i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica" nel caso in cui vi fosse "urgenza" o una "grave necessità pubblica".

Tali atti prefettizi, tradizionalmente ricondotti nel *genus* delle ordinanze, se dal punto di vista formale potevano essere qualificati come amministrativi, data l'autorità (amministrativa, appunto) cui era attribuito il potere di ordinanza, da quello sostanziale acquistavano, senza dubbio, una forza che trascendeva quella propria degli atti amministrativi, perché dotati della capacità di derogare alla legislazione dello Stato.

Proprio questa attitudine derogatoria ha posto molti problemi interpretativi e dato molto lavoro alla Corte Costituzionale. Una volta entrata in vigore la Costituzione repubblicana, infatti, è emerso con forza il problema della compatibilità costituzionale delle leggi che autorizzavano l'adozione di queste ordinanze. La giurisprudenza costituzionale ha chiarito due aspetti essenziali: in primo luogo, che questi atti devono essere necessariamente qualificati come amministrativi; in secondo luogo, che la loro compatibilità con i principi degli ordinamenti liberaldemocratici è subordinata ad alcune condizioni: che abbiano un'efficacia temporalmente limitata, un'estensione territoriale circoscritta, e che, sebbene derogatori del diritto vigente, siano comunque rispettosi dei principi generali dell'ordinamento nonché della stessa legalità costituzionale²⁶.

24 L'elencazione riportata è meramente esemplificativa, come rilevato alla nota 9.

25 In tema cfr. A. Patroni Griffi, *Art. 78*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, Vol. 2, pp. 1531-1544.

26 Cfr. Corte cost. n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961 Corte cost. sent. n. 127 del 1995. Sui poteri di ordinanza cfr. F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 970 ss.; Id., *Potere di ordinanza e ordinanze di neces-*

Sulla scia di tali posizioni, che nel tempo si sono consolidate, il potere di ordinanza *extra ordinem* si è affermato nell'ordinamento repubblicano. Conseguentemente, le emergenze, sono state affrontate attraverso l'uso, spesso combinato, del decreto-legge e delle ordinanze libere. Le emergenze più rilevanti che ha vissuto il Paese, dal terremoto in Irpinia del 1980²⁷ al crollo del ponte di Genova del 2018, passando per la nota e lunghissima vicenda dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania²⁸ e del terremoto de L'Aquila, fino alla recente pandemia, sono state affrontate, sul piano normativo, attraverso l'uso integrato di questi strumenti giuridici.

3. La controversa legittimità costituzionale dei poteri *extra ordinem* tra l'opportunità della loro esistenza e la irresistibile tentazione della loro strumentalizzazione

Come osservato, i poteri *extra ordinem*, cioè liberi dalla legge, limitati nella loro ampiezza dalle precisazioni della citata giurisprudenza costituzionale, si sono così stabilizzati e sono stati inseriti nelle più importanti

sità, Milano, 1979; L. Galateria, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953; M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, XXVII, pp. 388 ss. G.U. Rescigno, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nss. D.I.*, vol. XII, Torino, 1965; Id., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2189.

27 Per il terremoto del 23 novembre del 1980 si veda, come quadro generale, la legge n. 996/1970 sul servizio di protezione civile e il d.l. n. 776/1980. Per il crollo del ponte di Genova cfr. la dichiarazione dello stato di d.l. n.

28 Lo stesso intreccio tra ordinanze libere e decreti legge ha caratterizzato anche la recente storia di strumentalizzazione dei poteri di protezione civile per la creazione di un sistema amministrativo parallelo a quello ordinario, del tutto dal principio di legalità, il cui esempio probabilmente più paradigmatico è rappresentato dalla gestione dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania con cui si è creato un apparato amministrativo straordinario, cui erano attribuite una potestà amministrativa sganciata dal rispetto del principio di legalità per gestire non un'emergenza nel senso vero del termine, ma preposto a un settore di amministrazione pubblica in sostituzione dell'amministrazione istituzionalmente competente. Su tali aspetti cfr. C. Iannello, *L'emergenza rifiuti in Campania: i paradossi delle gestioni commissariali* in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2/2007, pp. 137 ss. e S. Marotta, *L'emergenza rifiuti in Campania tra pubblico e privato*, in A. Lucarelli, A. Pierobon (a cura di), *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte*, Napoli 2009, pp. 423 ss.

leggi in materia sanitaria e ambientale²⁹, in quanto ritenuti strumenti imprescindibili per la gestione delle emergenze. Tanto che questo istituto giuridico ha rappresentato il cardine su cui sono stati costruiti i poteri di protezione civile, razionalizzati, prima, dalla legge n. 225/1992 e, di recente, nuovamente riproposti nel testo unico in materia, il d.lgs. n. 1/2018.

A dispetto dello sforzo profuso dalla giurisprudenza costituzionale cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente, la pagina di storia amministrativa italiana relativa all'utilizzo dei poteri emergenziali ha assunto, purtroppo, principalmente tinte fosche, in quanto la prassi ha messo a dura prova l'effettività delle correzioni introdotte dalla giurisprudenza costituzionale minando, in molti casi, il rispetto dei basilari principi su cui si fondano i sistemi liberaldemocratici: il principio di legalità e quello della divisione dei poteri.

Occorre innanzitutto osservare che un'attenta dottrina aveva sollevato importanti dubbi circa la stessa compatibilità con la Costituzione repubblicana dell'istituto delle ordinanze libere³⁰ (libere, si ribadisce, dal rispetto della legislazione vigente). Data la natura di atti amministrativi, si osservava, non potrebbe essere loro consentito di derogare alla legge. Per ottenere un risultato simile, infatti, l'intervento del Parlamento sarebbe costituzionalmente necessario, come si evince sia dalla disciplina costituzionale del decreto legge, che necessita di un intervento successivo del Parlamento, sia da quella relativa alla dichiarazione dello stato di guerra, in cui l'intervento del Parlamento è preventivo.

Inoltre, con specifico riferimento al sistema della protezione civile, è stato osservato come questi DPCM adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri sfuggano del tutto ai controlli³¹: non solo a quelli previsti per i decreti legge (preventivo del Presidente della Repubblica e successivo del

29 Ad esempio nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. 833/1978) alla legislazione in materia di rifiuti (d.lgs. n. 22/1997 poi sostituito dal d.lgs. n. 152/2006).

30 Osserva G. Marazzita, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 525 che: "La materia su cui interviene la l. n. 225 del 1992 non è allora una materia costituzionalmente indifferente poiché attiene alla forma di governo, termine con cui intendiamo il modo con cui le varie funzioni dello Stato sono distribuite ed organizzate fra i diversi organi costituzionali (43). Il principio organizzatore che informa il nostro sistema prevede la competenza parlamentare della funzione legislativa ordinaria mentre quella straordinaria, pur spettando in prima battuta al Governo, abbisogna di un intervento preventivo (art. 78) o successivo (art. 77) delle Camere. Questo meccanismo non può mai essere derogato: se lo fosse sarebbe messo in crisi il sistema costituzionale vigente".

31 Utilizzo il concetto di controllo in senso atecnico.

Parlamento), ma anche a quello esercitato dalla Corte costituzionale, previsto solo per le leggi e gli atti ad essa equiparati, nonché, infine, a quello della Corte dei conti sugli atti del governo³².

Tuttavia, anche a voler ritenere superato – sulle orme della consolidata giurisprudenza costituzionale – il problema teorico della legittimità costituzionale di una legge che attribuisce ad autorità amministrative il potere di adottare atti amministrativi atipici e liberi, cioè derogatori della legislazione vigente, la questione della compatibilità costituzionale di questo sistema di ordinanze *extra ordinem* è riemerso con forza, ed in misura aggravata, dalla prassi amministrativa che si è instaurata, la quale ci ha posto di fronte a molti esempi di vero e proprio *abuso* dei poteri emergenziali. Nel corso degli anni abbiamo, infatti, assistito ad una strumentalizzazione dei poteri *extra ordinem*, in particolar modo in sede di applicazione della legge in materia di protezione civile, la n. 225/1992, rimasta in vigore sino al recente testo unico in materia, il d.lgs. n. 1/2018.

La legge del 1992 aveva previsto un sistema volto a fronteggiare l'emergenza che si reggeva su due cardini: delibera dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri e, conseguentemente, attribuzione al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di adottare ordinanze “libere”, nella forma di DPCM.

Come messo in evidenza dalla dottrina³³, la legge n. 225/1992 aveva una portata troppo elastica, perché, in base all'art. 5, comma 1, lett. c), i poteri emergenziali erano legittimati non solo dalle “calamità naturali” e dalle “catastrofi”, ma anche da non meglio specificati “altri eventi”. Ciò che ha prodotto una abnorme estensione dell'ambito applicativo di questa legislazione “emergenziale”, ben al di là degli eventi caratterizzati da straordinarietà e da imprevedibilità.

Si è così messo in piedi un sistema amministrativo *praeter legem*, giustamente qualificato “parallelo”³⁴ rispetto all'apparato amministrativo clas-

32 Ovviamente, ma non è la sede opportuna per approfondire, resta indefettibile la tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo, che può annullare tali ordinanze, sebbene con le difficoltà del caso, data la loro capacità derogatoria della legislazione vigente, sia la possibilità di disapplicazione davanti al giudice ordinario.

33 C. Pinelli, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'espe-rienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, spec. pp. 3334 ss.; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, p. 377; G. Marazzita, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, cit., p. 525.

34 C. Pinelli, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'espe-rienza italiana*, cit.

sico che invece continuava ad essere retto dal canonico principio di legalità³⁵, restando coerente con la tradizione liberaldemocratica in base alla quale il potere di legislativo crea le norme, cioè prevede in generale e in astratto, e la pubblica amministrazione le mette in esecuzione, cioè provvede. Questo è accaduto perché la prassi dell'utilizzo dei poteri straordinari previsti dalla legge istitutiva del servizio di Protezione civile ci ha posto di fronte a un loro uso per la gestione di affari assolutamente 'ordinari' con la conseguenza che tali poteri 'eccezionali' sono stati disancorati dalla nozione di emergenza, ontologicamente connessa ad eventi imprevisi e imprevedibili. Si è così creato un mostruoso apparato amministrativo abilitato ad operare in uno spazio libero da leggi, che solo da un punto di vista meramente formale era giustificato dall'emergenza, ma che, per essere di fatto impiegato per questioni di carattere ordinario, si poneva in netto contrasto con i principi cardine che presiedono al funzionamento dei sistemi liberaldemocratici. È così accaduto che le regole che hanno guidato l'azione amministrativa *ordinaria*, relativa a primari interessi di un'ampia parte della popolazione, sono state dettate *direttamente* dall'autorità amministrativa, attraverso ordinanze "libere", in deroga alla legislazione vigente, in contrasto, pertanto, con il principio di legalità sostanziale e con quello della divisione dei poteri.

La legge sulla protezione civile del 1992, per come è stata interpretata dalla prassi, quindi, ha di fatto attribuito al governo – attraverso la deliberazione dello stato di emergenza – la possibilità di trasformare l'ordinarietà in una artata emergenza, creando una vera e propria amministrazione parallela e straordinaria³⁶ per la gestione di relevantissimi settori della vita amministrativa (servizio idrico e dei rifiuti, come i più vari compiti di gestione ordinaria, dal traffico urbano alle bonifiche), connessi al godimento di fondamentali diritti di cittadinanza. Una vera e propria strumentalizzazione dei poteri *extra ordinem*, sempre più diffusamente utilizzati per la gestione di affari non caratterizzati né da elementi di straordinarietà né tantomeno da imprevedibilità.

L'apice di questa degenerazione lo si è raggiunto con la legge n. 401/2001, che ha introdotto la possibilità di gestire persino i "grandi even-

35 Così C. Pinelli, *Ibidem*. In tema, cfr., inoltre, A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011, pp. 49 ss.; Id., *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della xvi legislatura. la dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011, pp. 1 e ss.

36 C. Iannello, *L'emergenza rifiuti in Campania: i paradossi delle gestioni commissariali*, cit., pp. 137 ss.

ti" (cioè manifestazioni solo programmate, spesso molto di là da venire, come ad esempio i *meeting* internazionali o i giochi olimpici), attraverso la normativa derogatoria della protezione civile. Per la gestione di un qualsiasi affare amministrativo con poteri derogatori era sufficiente una dichiarazione di "grande evento", da adottarsi con le forme e le modalità previste dalla legge n. 225/1992.

Questa prassi deviante è stata in grado di eclissare, facendole perdere di attualità, la stessa questione relativa alla legittimità costituzionale dei poteri amministrativi *extra ordinem*.

Se, dal punto di vista teorico, si può, infatti, convenire con la consolidata giurisprudenza costituzionale, che riconosce, entro determinati limiti e condizioni, la legittimità dei poteri liberi dell'amministrazione, giustificati da motivi di necessità e di urgenza³⁷, la deviazione dal modello va energicamente stigmatizzata. Nessuna giustificazione costituzionale, infatti, può essere rivolta nei confronti della strumentalizzazione dei poteri emergenziali, cioè rispetto al modo in cui questo strumentario è stato spesso utilizzato.

Non pare un caso, dunque, che il d.lgs. n. 1/2018, cioè il testo unico sulla protezione civile, attualmente in vigore, abbia apportato delle modifiche sostanziali al sistema. Se, da un lato, ha lasciato inalterata l'impalcatura della normativa preesistente (delibera dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri e attribuzione al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di adottare ordinanze libere, nella forma dei DPCM), dall'altro lato, ha introdotto due sostanziali modifiche. Innanzitutto, il nuovo testo non contiene più nessun riferimento ai "grandi eventi" e, in secondo luogo, la nuova disciplina ha cercato di contenere entro limiti più stringenti la discrezionalità del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'adozione

37 Corte cost. n. 617 del 1987 secondo cui tali poteri sono ammissibili purché vi sia "una specifica autorizzazione legislativa" nella quale sebbene non possa essere specificato "il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero)" risultino individuati quantomeno "il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata". Similmente cfr. Corte cost. n. 115 del 2011 nella quale si legge: "Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente 'l'assoluta indeterminatezza' del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una 'totale libertà' al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa".

delle concrete misure emergenziali, profondendosi in uno sforzo definitivo che indicasse in modo sufficientemente dettagliato, se non il contenuto delle ordinanze, quantomeno gli obiettivi che devono essere realizzati dai DPCM (cfr. artt. 24 e 25 del d.lgs. 1/2018). I poteri di ordinanza restano atipici anche nel nuovo sistema proprio perché resta la libertà di definirne il contenuto, ma trovano attualmente nella fonte primaria ulteriori limiti con cui si devono confrontare, posti proprio al fine di evitare l'abuso cui si è assistito in precedenza.

4. I poteri di emergenza per la gestione della fase Covid e la loro discussa compatibilità con la Costituzione

Alla luce delle considerazioni svolte, diventa più agevole una valutazione della risposta che l'Italia ha dato all'emergenza pandemica che si è scatenata all'inizio del 2020 e che ci sta continuando ad investire³⁸.

Innanzitutto, occorre notare che il modello cui si è ispirato il nostro paese si è fondato su due cardini: il primo, un accentramento delle decisioni in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, sulla base dello schema già analizzato, ereditato dalla legislazione in materia di protezione civile; il secondo, creato *ad hoc* per l'emergenza Covid da fonti primarie (decreti legge successivamente convertiti) che hanno ripreso l'impalcatura appena citata (cioè l'attribuzione allo stesso Presidente del Consiglio del potere di

38 Su questo aspetto cfr., oltre ai contributi che saranno citati nelle note successive, S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2020 e ivi in particolare S. Staiano, *Né modello né sistema. la produzione del diritto al cospetto della pandemia*, 11 e ss.; M. Borgato, D. Trabucco (a cura di), *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2020, passim; M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, Osservatorio Aic, 2020; A. Algostino, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in Osservatorio Aic, 2020; G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020; F. Niola Michela Tuozzo (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2020, passim; F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 333 e ss.; M. Francaviglia, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Diritto pubblico*, 2020, 361 e ss.

limitare le libertà costituzionali attraverso un DPCM), ma vi hanno apportato modifiche sostanziali.

Non poche sono state le voci che si sono levate per contestare la conformità a Costituzione del modello creato dai decreti legge del 2020. Inizialmente, l'attenzione della dottrina si è concentrata su una mancanza di tipizzazione in sede legislativa dei casi in cui diventava possibile procedere alla limitazione delle libertà costituzionali, a causa del poco felice rinvio alle "misure ulteriori" previsto dal d.l. n. 6/2020. Le critiche si sono poi soffermate soprattutto sulla concentrazione, in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, di un potere così vasto che può arrivare sino a determinare concretamente – con atto amministrativo, nella forma di DPCM – la limitazione dell'esercizio dei fondamentali diritti costituzionali dei cittadini. Ciò ha condotto parte della dottrina ad evocare lo spettro della già ricordata tesi di inizio dello scorso secolo, dalle tinte autoritarie, secondo la quale la necessità si sarebbe imposta come fonte originaria e suprema del diritto³⁹, consentendo una risposta alle emergenze disancorata dalla legalità costituzionale.

A chi scrive sembra tuttavia che, sotto una pluralità di aspetti, la reazione che l'ordinamento ha avuto nei confronti dell'emergenza Covid sia stata, dal punto di vista meramente formale, adeguata, salvo la citata iniziale sbavatura delle "ulteriori misure", corretta però poco tempo dopo.

Si è cioè trattato di una risposta coerente sul piano dello stretto rispetto del principio di legalità, soprattutto ove questa risposta sia valutata alla luce della prassi degenerativa analizzata nel paragrafo precedente.

In particolare, come accennato, la risposta dell'ordinamento italiano all'emergenza Covid-19 va distinta in due fasi.

Una prima fase, affrontata con gli strumenti che erano a disposizione al momento in cui si è manifestata l'emergenza: il d.lgs. n. 1/2018, in tema di protezione civile e le altre leggi attributive all'esecutivo nazionale e a quelli locali, di poteri contingibili ed urgenti, come la legge n. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale. Una seconda fase in cui è intervenuta una disciplina dell'emergenza posta da fonti di carattere primario (cioè con decreti legge successivamente convertiti in legge). Una volta chiarito il

39 Tesi evocata, seppur con molta cautela, da G. Azzariti, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. 1 ss. Per una critica ulteriore cfr. Per queste critiche cfr. A. Venanzoni, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, p. 9. Per una posizione vicina a quella espressa nel testo, cfr. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Giurcost.org*, 11 aprile 2020, pp. 1 ss.

tipo di pericolo da affrontare e messa a punto la strategia da utilizzare, consistente soprattutto in una penetrante limitazione della libertà di circolazione della popolazione (e delle altre conseguenti libertà), si è potuta affinare e ‘codificare’ la strumentazione (giuridica) per contrastare un’emergenza che non assumeva più il carattere dell’imprevedibilità.

Per quanto attiene alla prima fase⁴⁰, non c’è dubbio che l’emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 avesse il carattere dell’imprevedibilità che giustifica il ricorso ai poteri emergenziali. Appartengono a questa fase la dichiarazione dello stato di emergenza, adottata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, resa in base al testo unico sulla protezione civile del 2018, e gli atti ad essa conseguenti.

Anche la seconda fase, che si è concretizzata attraverso una “catena normativa”⁴¹ costituita da decreti legge, leggi di conversione e DPCM, è risultata, sul piano formale, coerente con i principi della riserva di legge e del principio di legalità.

Infatti, con la citata sequenza di decreti legge e leggi di conversione si è posta in essere una vera e propria ‘codificazione’ non solo dei presupposti e delle condizioni, ma anche del *contenuto* dei provvedimenti amministrativi volti ad arginare l’emergenza attraverso la limitazione delle libertà costituzionali.

In particolare, se, come osservato, il d.l. n. 6/2020, del 23 febbraio, convertito dalla legge n. 13/2020, aveva dato adito ad alcune fondate perplessità, con il d.l. n. 19/2020, convertito dalla legge n. 35/2020, esse sono rientrate.

Con tali atti è stato predisposto un sistema di intervento che appare costruito sulla falsariga del già collaudato modello di protezione civile, che delega (e centralizza) la concreta risposta amministrativa nelle mani del Presidente del Consiglio dei Ministri autorizzato ad adottare DPCM per fronteggiare la situazione di emergenza, ma con delle novità importanti.

Infatti, se la centralizzazione dei poteri in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri è un tratto comune, i due sistemi divergono radicalmente in merito al grado di libertà di determinazione del contenuto dei DPCM. Mentre nel sistema di protezione civile, nonostante le precisazioni inserite

40 Fase che è durata meno di un mese, cioè dal 31 gennaio 2020, quando cioè il Consiglio dei Ministri ha deliberato lo stato di emergenza, fino al 23 febbraio 2020, ossia fino al primo decreto legge adottato dal Governo per fare fronte alla pandemia.

41 M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 1 ss.

nel testo del 2018⁴², essi continuano ad avere la natura di ordinanze “libere” (e non potrebbe essere altrimenti essendo questo testo adottato per fare fronte ad eventi futuri di cui non si può avere contezza), nel sistema predisposto per affrontare l'emergenza sanitaria relativa all'epidemia da Covid-19, invece, i DPCM sono oramai dotati di un contenuto sufficientemente *tipico*. Le misure da adottare, infatti, sono state dettagliatamente disciplinate (si confronti l'elencazione del contenuto dei provvedimenti adottabili, così come disciplinata nell'art. 2 del d.l. n. 19/2020). Ciò si è reso possibile perché la fonte di rango primario per fronteggiare l'emergenza sanitaria innescata dal Covid-19 è intervenuta quando era oramai chiaro quali fossero le azioni necessarie da adottare per contenere il contagio.

In conclusione, si deve osservare che questi DPCM adottati per fronteggiare l'emergenza Covid-19 non assumono più il carattere degli omologhi atti adottati sulla base della legislazione in materia di protezione civile, quello di ordinanze “libere” dalla legge, ma si pongono quali atti amministrativi tipici, perlomeno nel senso che il loro contenuto è sufficientemente tipizzato, restando casomai da specificare poi il senso da attribuire alle “misure ulteriormente restrittive” che le Regioni sono state chiamate ad adottare. Si tratta, pertanto, di atti amministrativi esecutivi di fonti primarie. La limitazione delle libertà costituzionali, pertanto, trova il suo fondamento nella fonte primaria, rispetto alla quale i DPCM rappresentano atti applicativi. Con l'ovvia precisazione che, per essere conformi al dettato costituzionale, non è sufficiente che le limitazioni dei diritti costituzionali siano previste da una fonte legislativa, ma è altresì necessario che, in concreto, siano adeguate, ragionevoli e proporzionali⁴³.

Ovviamente ciò non significa che la gestione dell'emergenza non abbia sollevato problemi e criticità anche importanti, ma solo che, dal punto di vista formale e nei suoi tratti essenziali, non pare possa sostenersi che il sistema normativo predisposto si ponga in contrasto con la Costituzione.

42 Anche nel d.lgs. n. 1/2018, il cui articolo 25 ha cercato di ridurre e indirizzare la discrezionalità del potere esecutivo indicando le finalità cui devono tendere le ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri, queste ordinanze restano “libere”, cioè capaci di derogare alla legislazione vigente.

43 Cfr. sul punto, condivisibilmente, A. Morelli, *Illegittimità dei Dcpm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi, in giustizia, istituzioni*, cit. G. Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata 2020, pp. 11 ss.; G. Azzariti, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, cit., pp. I ss.; E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, pp. 95 ss.; G. D'Amico, *La libertà “capovolta”. Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli 2020, pp. 37 ss.

Restano, tuttavia, aperti numerosi problemi, tra cui quello relativo sia alla proporzionalità degli atti concretamente adottati così come quello relativo alla loro opportunità, dal punto di vista politico⁴⁴.

Vi è, infine, il pericolo, da non sottovalutare, che tale situazione, che ha inevitabilmente accentrato molti poteri nelle mani del Presidente del Consiglio dei Ministri, possa definitivamente consolidare tendenze in atto oramai da decenni, volte ad una sempre maggiore emarginazione del Parlamento, favorendo la stabilizzazione di un modello anche oltre la fase emergenziale⁴⁵, sulla falsariga di quanto abbiamo descritto con riferimento alla strumentalizzazione dei poteri emergenziali durante la vigenza della legge n. 225/1992.

5. I poteri del commissario all'emergenza e il ritorno al passato

Se, come osservato, il quadro normativo generale, dal punto di vista formale, almeno nei suoi tratti essenziali, non fuoriesce dalla legalità costituzionale, discorso a parte deve essere fatto, ancora una volta, per la gestione amministrativa dell'emergenza, dove invece sembrano risorgere, amplificate, le vecchie degenerazioni che sono state analizzate in precedenza. Si deve a tale proposito studiare l'art. 122 del d.l. n. 18/2020, convertito in legge n. 27/2020, che definisce i poteri del "Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19". Con tale disciplina pare, infatti, essersi ricreata una struttura amministrativa, dai confini amplissimi e dagli altrettanto sconfinati poteri, ivi compresi quelli di spesa, del tutto disancorata dal rispetto del principio di legalità e sottratta a ogni forma di controllo, sia amministrativo che contabile, quasi come se fosse stato utilizzato proprio il sistema 'parallelo' di amministrazione, stigmatizzato nei paragrafi precedenti.

Un potere straordinario dai confini così ampi poteva forse trovare una sua giustificazione nei primissimi giorni di emergenza (anche se, occorre ribadire, l'ordinamento non è mai impreparato rispetto alle emergenze, prevedendo in linea generale un'ampia gamma di atti necessitati che permettono l'acquisizione di beni e servizi secondo schemi consensualistici) ma, con il passare del tempo, ha progressivamente perso qualsiasi elemen-

44 Cfr. G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, cit.

45 Cfr. C. Pinelli, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit., pp. 3334 ss.; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, cit., p. 377;

to di ragionevole giustificazione. Se si pensa che oramai questo potere 'straordinario' opera ininterrottamente da un anno, ci troviamo di fronte ad una situazione che appare oramai disancorata da qualsiasi, pur flebile, giustificazione.

A questo punto appare opportuno esaminare nel dettaglio l'effettiva sostanza di questi poteri.

Secondo il citato art. 122 del d.l. n. 18/2020, il Commissario, nominato con DPCM, attua e sovrintende a "ogni intervento" volto a fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Il Commissario, recita il comma 2, "può adottare in via d'urgenza i provvedimenti necessari a fronteggiare *ogni* situazione eccezionale ... *in deroga a ogni disposizione vigente*".

Secondo il comma 3, al Commissario spetta altresì "l'organizzazione e lo svolgimento delle attività propedeutiche alla concessione degli aiuti per far fronte all'emergenza sanitaria, da parte delle autorità competenti nazionali ed europee, nonché tutte le operazioni di controllo e di monitoraggio dell'attuazione delle misure; il Commissario provvede, altresì, alla gestione coordinata del Fondo di solidarietà dell'Unione europea (FSUE), di cui al regolamento (CE) n. 2012/2002 del Consiglio, dell'11 novembre 2002, e delle risorse del fondo di sviluppo e coesione destinato all'emergenza".

Ai sensi del comma 8, "*ogni* altro atto negoziale" posto in essere dal Commissario e dai soggetti attuatori, è sottratto ai controlli previsti l'articolo 29 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 novembre 2010, "e *tutti* tali atti sono altresì sottratti al controllo della Corte dei Conti". Per gli stessi atti, prosegue il comma in esame, "*la responsabilità contabile e amministrativa* è comunque limitata ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione. Gli atti di cui al presente comma sono immediatamente e definitivamente efficaci, esecutivi ed esecutori, non appena posti in essere. La medesima limitazione di responsabilità vale per gli atti, i pareri e le valutazioni tecnico scientifiche resi dal Comitato tecnico scientifico di cui al comma 6 funzionali alle operazioni negoziali di cui al presente comma".

Ai sensi del comma 9, infine, "Il Commissario è altresì autorizzato all'apertura di apposito conto corrente bancario per consentire la celere regolazione delle transazioni che richiedono il pagamento immediato o anticipato delle forniture, anche senza garanzia".

Insomma, come si evince chiaramente da questa rapida lettura della disposizione che fissa i poteri del commissario, si è dato vita ad un apparato amministrativo preposto ad interessi vitali della collettività che opera non

solo *legibus solutus*, cioè nella totale assenza di un qualsivoglia controllo, ma che è dotato dei più ampi poteri di spesa, anch'essi sottratti ai controlli ordinari. Insomma, un apparato amministrativo che, ad oltre un anno dall'inizio dell'emergenza, appare oramai privo di giustificazione sul piano costituzionale. Quasi come se il modello, deviante dai principi, sperimentato sotto la vigenza della legge n. 225/1992, cui la riforma del 2018 – come si è chiarito in precedenza – aveva apportato sostanziali e importanti correzioni, fosse risorto e fosse stato addirittura 'perfezionato'.

MARIANNA PIGNATA

EPIDEMIE E MISURE DI TUTELA NELLA STORIA E NEL DIRITTO. NOTE SULL'ESPERIENZA ITALIANA TRA OTTO E NOVECENTO

1. *Delimitazione del campo di indagine*

Nel 1829 il colera dall'India raggiunge Mosca e in cinque-sei anni gran parte d'Europa: nel 1835 tocca l'Italia dove infierisce, con alterni flussi e riflussi, sino alla fine del 1837 e dove ritornerà, con ondate di decrescente virulenza, nel 1849, 1854-55, 1863, 1865-67, 1873, 1884-86, 1893, 1910-11¹. L'Europeo dell'Ottocento, orgoglioso del dominante scientismo e del crescente controllo sulla natura, si scopre indifeso di fronte alla malattia; i vuoti aperti nella popolazione sono incomparabilmente inferiori a quelli provocati dalla peste ma non minore è la paura ed eguali sono le reazioni popolari....Per tutto il cinquantennio 1830-80 i medici, divisi tra *contagionisti* ed *epidemisti*, brancolano nel buio, studiano, sperimentano, riempiono giornali e biblioteche di opuscoli che appassiano, ma anche disorientano, un'opinione pubblica sempre più attenta ma spesso disillusa dall'impotenza della scienza; il contrasto tra i fautori del contagio e quelli dell'epidemia si riflette poi sull'orientamento delle autorità di governo, incerte tra quarantene e cordoni sanitari e tollerante *laissez-faire*².

-
- 1 Sulla diffusione delle epidemie in Italia si rinvia L. Del Pantà, *Le epidemie nella storia demografica italiana (secoli XIV-XIX)*, Torino, 1980, pp. 226-32; A. Forti Messina, *L'Italia dell'Ottocento di fronte al colera*, in *Storia d'Italia, Annali 7, Malattia e medicina*, Torino, 1984, pp. 429-94; G. Cosmacini, *Storia della medicina e della sanità nell'Italia contemporanea*, Roma-Bari, 1994; A. Tagarelli, A. Piro (a cura di), *La geografia delle epidemie di colera in Italia: considerazioni storiche e medico-sociali*, voll. 3, Cosenza 2002. Andrebbero qui ricordati, per il dibattito che riguarderà le analogie, ma anche le differenze, che si riscontrano nel modo in cui, in Italia, la società reagì alle periodiche epidemie, i lavori di E. Tognotti, *Il mostro asiatico. Storia del colera in Italia*, Roma-Bari 2000; Id., *La spagnola in Italia: storia dell'influenza che fece temere la fine del mondo (1918-19)*, Milano 2015; Id., *Il morbo lento: la tisi nell'Italia dell'Ottocento*, Milano 2012.
- 2 P. Preto, *Epidemia, paura e politica nell'Italia moderna*, Roma-Bari, 1987, p. 121.

Così Paolo Preto compendia bene il disincanto dell'ormai progredita ed "illuminata" società dell'Ottocento che prendeva atto di come l'infettività delle epidemie non fosse stata minore né più controllata rispetto al passato³. Nel peculiare volume *Epidemia, paura e politica nell'Italia moderna*, l'Autore esamina in che modo concretamente in Italia – nelle diverse età e condizioni storiche – unzioni ed untori abbiano operato nei contesti socio-culturali in occasione di 'gravi' episodi di peste e di colera, e le sue riflessioni si inseriscono nel quadro dei nutriti studi sull'argomento (anche recenti)⁴, come ulteriore analisi sul lungo protrarsi di malattie contagiose e

3 La percezione dello "stato miserevole della salute della popolazione" già si avvertiva nel secolo dei Lumi ed era dovuta a ragioni sociali e culturali, come puntualmente rimarcato da Bernardino Fantini (*La storia delle epidemie, le politiche sanitarie e la sfida delle malattie emergenti*, in "L'Indomeneo", n. 17, 2014, pp. 9-42): "I fattori di rischio legati all'urbanizzazione e all'industrializzazione divengono la preoccupazione dominante del grande movimento igienista che caratterizza gran parte dell'Ottocento. Diversi paesi europei, a partire dalla fine del Settecento, stabiliscono politiche e legislazioni sanitarie, che riguardano le acque minerali e le altre bevande, la vendita di derrate alimentari, l'igiene del lavoro, la pulizia delle strade, la salubrità degli alloggi, i bagni pubblici, il controllo dei depositi di immondizia e gli scarichi liquidi. Si accentra l'attenzione soprattutto sull'igiene infantile, per diminuire la terribile mortalità infantile che le prime indagini demografiche avevano messo in evidenza... Alcune pratiche di prevenzione, in particolare l'inoculazione del vaiolo e poi la vaccinazione introdotta da Edward Jenner (1749-1823) nel 1798, vengono introdotte a partire dalla fine del Settecento e rese in molti paesi obbligatorie a partire dall'epoca napoleonica. Misure di prevenzione efficaci vengono anche introdotte in questo periodo contro il tifo negli eserciti, mediante campagne in favore della pulizia degli abiti e dei letti, e contro lo scorbuto sulle navi, grazie all'introduzione del succo di limone nella dieta dei marinai", p.11. Per approfondimenti sull'evoluzione storica del nuovo movimento igienista che diede vita anche alla diffusione della cd. 'polizia sanitaria', si rinvia ai lavori di E. Jenner, *An inquiry into the causes and effects of variolae vaccinae*, London, 1798; D. Baxby, *Edward Jenner's Inquiry; a bicentenary analysis*, in "Vaccine", 17, 1999, pp. 301-307; J.P. Frank, *System einer vollständigen medicinischen Polizey*, Tubingae, 1779-1813, (2. Aufl); M.W. Susser, *Causal thinking in the health sciences: concepts and strategies of epidemiology*, New York, London, 1973.

4 A tal riguardo, naturalmente il tema ricorrente nei contributi a sfondo storico è il raffronto tra la crisi attuale e le epidemie del passato: dalla cosiddetta Peste Nera del XIV secolo alle terribili epidemie di peste del Seicento, dalla pandemia di colera del XIX secolo alla "spagnola" degli anni 1918-19. Molti storici hanno rimarcato le analogie, ma anche le differenze, che si rilevano nel modo in cui gli ordinamenti e le società reagiscono alle epidemie, appurando che le strategie adoperate per arginare il Covid-19 hanno le loro radici nel passato. Nel particolare, la Società Italiana per la Storia dell'Età Moderna ha realizzato nel suo sito web una raccolta di articoli, interviste e risorse online intitolata "la storia al tempo del Covid-19". E ancora: JSTOR Daily ha pubblicato decine di saggi ed articoli che,

ricorrenti, causa di tribolazioni e falcidie di intere comunità in ogni angolo del pianeta, le quali, finito il loro ciclo, si ripresentavano sulla scena della storia in forme nuove e con altri nomi.

Per l'attuale pandemia in corso, nella complessa e multiforme vicenda epidemiologica intercontinentale⁵, isolare – dall'ampio territorio europeo – un rivolo più circoscritto e locale, non si motiva solo in un triste primato che oggi all'Italia si è dovuto accordare, ma proprio nel senso della vicenda storica di un Paese che, per diversi profili e per diversi spessori, offre un'eco rilevante del fenomeno pandemico che stiamo fronteggiando e ne fornisce una traduzione affatto singolare, che già dal passato non investì soltanto la dimensione igienico-sanitaria ma la prassi e la produzione normativa, soprattutto nella seconda metà dell'Ottocento.

Il problema delle epidemie in Italia è sempre stato oggetto di costante preoccupazione per il legislatore, e di sicuro non bisogna attendere l'unità politica per coglierne le tracce tangibili. L'entità del fenomeno era tale che, già gli ordinamenti preunitari, costellati da 'angosciose' pestilenze, per tutta la prima metà del XIX secolo, richiesero interventi di sostegno economico-assistenziale⁶, ma anche repressivi, come, nel 1835, in occasione del colera che enfatizzò "da una parte, le debolezze dell'organizzazione sanitaria, dall'altra, la povertà, la disuguaglianza di fronte alla morte, la drammatica arretratezza in fatto d'igiene privata e pubblica, portando alla ribalta il problema della città come veicolo, come territorio privilegiato del contagio e del disordine"⁷.

oltre ad offrire approfondimenti sulla situazione attuale, ripercorrono la storia delle malattie infettive, della loro diffusione e delle misure adottate per prevenire o contrastare il contagio. Fra le tante osservazioni spiccano anche quelle di V. Serino, *Le pandemie: evoluzione storico-antropologica dalla peste di Atene alla spagnola*, Firenze 2017.

- 5 Sulle analisi e la lettura della contingente situazione pandemica, vasta la bibliografia. Pertanto, senza alcuna pretesa di completezza si rinvia a S. Kline Cohn jr., *Epidemics: Hate and Compassion from the Plague of Athens to AIDS*, Oxford, 2018; K. Harper, *Il destino di Roma. Clima, epidemie e la fine di un impero*, Torino 2019. E inoltre, i recentissimi lavori dal taglio socio-giuridico di C. Caporale e A. Pirni (a cura di), *Pandemia e resilienza Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid-19*, Roma 2020; R.D. Cogliandro, F. Fimmanò, *Diritto, Economia e Coronavirus*, Napoli 2020.
- 6 Le epidemie che colpirono la penisola italiana nel primo Ottocento acutizzavano le 'crisi di sistema' già presenti nei secoli precedenti e per comprendere gli effetti gravosi sulle 'economie territoriali', cfr. S. Cavaciocchi (a cura di), *Economic and biological interactions in pre-industrial Europe, from the 13th to the 18th century*, Firenze 2010.
- 7 E. Tognotti, *Il mostro asiatico*, cit., p. 233; ma anche Id., *Il colera del 1835-37. La vulnerabilità delle città italiane*, in "Storia urbana", 86, 1999, pp. 5-21.

Così avvenne, quando il morbo penetrò negli Stati sardi⁸:

Il colera entra negli Stati sardi nell'estate 1835... Quando ormai la malattia dilaga in città, e ricchi e medici fuggono precipitosamente verso Milano e la Toscana, nella confusione generale fioccano le accuse di imprevidenza e di disorganizzazione...energici provvedimenti di Carlo Alberto valgono a ristabilire un po' d'ordine nella città e ad assicurare ai più sfortunati aiuti economici e assistenza medica...Il 1° agosto 1835 la direzione di polizia ordina ai sindaci di arrestare eventuali diffusori di voci maligne e il 14 il magistrato di sanità tenta di persuadere l'opinione pubblica dell'inutilità dei cordoni sanitari e dello zelo indefesso delle autorità per impedire l'introduzione del morbo...⁹

Sempre nel settembre dello stesso anno, si propagò anche nel Veneto, toccando Venezia, Padova, Vicenza, Verona e poi Bergamo¹⁰:

costringendo le autorità triestine a richiamare in attività la locale Commissione di Sanità con lo scopo di adottare le misure necessarie a tutela della salute pubblica per il caso che il morbo epidemico – contagioso, da cui furono invase alcune regioni dell'Italia settentrionale si avvicinasse alla nostra città¹¹... Le iniziative intraprese dalla Commissione non impedirono al morbo di diffondersi anche in città. Fin dal novembre 1835 furono segnalati i primi casi di malattia, anche se l'epidemia vera e propria iniziò il 27 marzo 1836 per concludersi il 18 ottobre dello stesso anno.¹²

8 Cfr. G. Timmermans, *Sulle epidemie colerose degli stati sardi*, Torino, 1857; A. Colombo, *L'anno 1835 negli Stati Sardi secondo il diario di G. B. De Gubernatis*, in "Il Risorgimento italiano", n. s., XVIII, 1925, fasc. 1, pp. 76 ss.; C. Calderini, *Cenno storico del cholera-morbus che ha regnato nel 1835 in Nizza, Cuneo, Genova, Torino e altri luoghi dello Stato Sardo, dal suo primo apparire fino al 15 settembre 1835*, in "Annali universali di medicina", LXXVI, 1835, pp. 401-474; P. Berri, *Il colera genovese del 1835 nel diario di un'ospite tedesca*, in "Genova", XXII, 1942, n. 9, pp. 1-13; G. Dardano, *Epidemie, contesto urbano ed intervento di risanamento a Genova*, in "Storia urbana", I, 1977, pp. 33-69.

9 Preto (*Epidemia, paura*, cit., sottolinea, peraltro, che: "Le autorità non sono colte alla sprovvista da questa feroce reazione popolare perché già il 19 aprile 1832 il ministro degli Interni le ha messe in guardia sul pericolo della credenza nei veleni, diffusa anche "nelle nazioni le più chiare per incivilimento", e ha esposto in una circolare le ragioni che dovrebbero persuadere il volgo dell'impossibilità naturale e morale dell'avvelenamento", pp.124-25. Sulle fonti, si rinvia a *Raccolta dei regi editti, manifesti ed altre providenze de' magistrati ed uffizi*, Torino, 1833, XXXII, pp. 130-34.

10 R. Cigui, *Le epidemie di colera a Trieste e in Istria nel sec. XIX*, in Atti (del Centro di Ricerche Storiche di Rovigno), XXXVIII/2008, p. 436.

11 Archivio di Stato di Trieste, I. R. Governo del Litorale, Atti generali (1814-1850), B. 617.

12 C. Bevilacqua, *Le epidemie nell'Ottocento triestino*, Trieste, 1991, n. 4, p. 25. Visto l'attenuarsi dell'epidemia, il 4 ottobre 1836 il Magistrato triestino sospendeva

Ed ancora, nel 1836, nel Regno delle Due Sicilie dove le autorità borboniche erano all'erta per qualche spiacevole "conseguenza" dalla diffusione dell'epidemia¹³:

Il decreto di Ferdinando II del 6 agosto 1837, che assegna alle Commissioni militari i reati di "spargimento di sostanze velenose, ovvero di vociferazioni che si sparga veleno diretto l'uno e l'altro da disegno di turbare l'interna sicurezza dello Stato",¹⁴ è sollecitato dai disordini che stanno scoppiando in vari centri del Meridione,¹⁵

con una peculiare attenzione a Napoli:

la città che, date le sue condizioni ambientali particolari, la precarietà del sistema fognario, l'insufficienza degli acquedotti e della distribuzione dell'acqua, la miseria diffusa di gran parte degli abitanti, si trovava particolarmente esposta al contagio del colera, e si ha motivo di pensare che le provvidenze e precauzioni messe in atto dalle autorità cittadine, sia prima sia durante l'epidemia, ben poco abbiano potuto contrastarne le mortali conseguenze;¹⁶

il divieto di funerali solenni e del suono delle campane "tanto per i moribondi, quanto anche per i funerali", introdotto nei mesi in cui infuriava il colera per non abbattere il morale della popolazione molto provata. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia al lavoro di R. Cigui (*Le epidemie di colera*, cit.).

- 13 Indagando la genesi di queste preoccupazioni per un 'uso politico' dell'epidemia, si coglie perfettamente che risale, in queste terre, ancora al decennio francese. Sia consentito rinviare alla lettura dei fascicoli dei processi politici della Gran Corte Criminale raccolti nell'Archivio di Stato di Salerno. Davanti alla Gran Corte arrivarono molteplici casi di tumulti popolari, in seguito a casi di colera, anche se non sempre viene ad emergere il risvolto politico di tali insurrezioni.

- 14 Cfr. *Collezione delle leggi e de' decreti reali del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1837, pp. 25-26.

- 15 A. Forti Messina, *Società ed epidemia. Il colera a Napoli nel 1836*, Milano, 1979, pp. 83-86. Per una compiuta lettura sul colera che colpì il Mezzogiorno nella prima metà dell'Ottocento, si rinvia a G. Maldacea, *Storia del colera della città di Napoli*, Napoli 1839; G. Paladino, *Gli avvenimenti napoletani del 1837*, in "Rassegna storica del Risorgimento", 1930, pp. 199-205; R. Moscati, *Gli avvenimenti del 1837*, in "Archivio storico per la provincia di Salerno", VI (1933), fasc. maggio-giugno; A. Sansone, *Gli avvenimenti del 1837 in Sicilia*, Palermo, 1890.

- 16 A. Forti Messina, *Il colera a Napoli nel 1836-1837. Gli aspetti demografici*, in "Mélanges de l'Ecole française de Rome, Moyen-Age, Temps Moderns", Année 1976, vol. 88, numéro 88-1, p. 319. L'Autrice, attraverso un uso sistematico delle fonti ufficiali, tenta una precisa ricostruzione dell'evoluzione del numero dei malati e dei morti nella prima e violenta epidemia di colera a Napoli (1836-37). Inoltre, con l'ausilio di una documentazione più limitata ma più fine, individua tutte le manifestazioni 'sociali' e demografiche della malattia: le classi più colpite (durante la seconda invasione i ricchi non furono risparmiati), differenze di mor-

ed altresì alla città di Palermo il cui popolo (inclusa la 'classe colta'), nell'aspro rancore antinapoletano, congetturava che "si era dato il colera alla Sicilia, perché Napoli l'avea"¹⁷:

Il governo palermitano, "o per farsi riputazione col preservar la Sicilia quando l'evento mostrerà chi sia stato savio e chi sciocco in questo flagel del colera, o per timore del popolo, o fors'anco perché quell'odio radicato spinge anche i vili senza che se n'accorgano", di fronte all'epidemia "ha operato con fermezza e rigore insolito e senza badare a spese"; le autorità si prodigano nei soccorsi e nell'organizzazione¹⁸.

Successivamente, nel 1849¹⁹, il 'flagello' si ripresentò con decrescente virulenza ed in alcune città anche in modo anomalo, come a Bologna, propagandosi proprio nei luoghi addetti alla pubblica salute a causa di una gestione sanitaria approssimativa e confusa:

Nonostante il fatto che a Venezia il morbo colerico imperversasse (si contarono alla fine 4000 morti) quando, nel settembre del 1849 a Bologna si ebbero i primi casi, questi non vennero immediatamente riconosciuti...L'epidemia comunque in quell'anno non si diffuse (ufficialmente) all'interno delle mura cittadine, ma rimase circoscritta all'Ospedale Militare (degli Abbandonati), alla Casa di Ricovero ed al Lazzaretto Civile di S. Lodovico.²⁰

talità tra i sessi e le età ma, soprattutto, tenta uno studio del fenomeno ancora poco conosciuto della letalità, vale a dire il rapporto tra numero di pazienti e numero di decessi.

- 17 E. Bufardecì, *Le funeste conseguenze di un pregiudizio popolare*, Firenze, 1868, pp. 272-77.
- 18 M. Amari, *Diari e appunti autobiografici inediti*, a cura di C. Castiglione Trovato, Napoli, 1981, pp. 56 ss.; Per il quadro analitico dei provvedimenti durante il colera cfr. anche Archivio comunale di Palermo, *Colera morbus. Minute della commissione centrale sanitaria*, filze 1502-3, *Decurionato, corrispondenza*, filza 1506, *Deliberazioni*, filze 37-39, *Atti del Senato*, filze 11-12.
- 19 Nel 1849 vi fu un'ondata epidemica che percorse il continente europeo, mettendo drammaticamente in risalto l'inadeguatezza dei metodi terapeutici sino allora sperimentati e l'inconsistenza delle misure igieniche adottate nella circostanza, quest'ultime fortemente condizionate dalle carenze infrastrutturali dell'assetto urbano riguardanti soprattutto le abitazioni, le fognature e l'acqua potabile. Sul fenomeno, cfr. P. Bardet, P. Boudelais, P. Guillaume, F. Lebrun, C. Quézel, *Peurset Terreurs fa ce à la Contagion*, Parigi, 1988.
- 20 S. Sabbatini, F. Giusberti, F. Piro, *Il colera a Bologna nel XIX secolo. Cenni sulle conoscenze scientifiche dell'epoca*, in "Le Infezioni in Medicina", n. 3, 1997, p. 192. Sul paradosso degli istituti di assistenza "fatti apposta per propagare l'infezione: inutili alla cura erano dannosi per la prevenzione" si rinvia alle analisi di G. Cosmacini, *Storia della medicina e della sanità nell'Italia contemporanea*, Roma-Bari, 1994. Per una lettura dettagliata degli eventi e dell'evoluzione del contagio a Bologna, cfr. E. Bottrigari, *Cronaca di Bologna (1845-71)*, Bologna,

In quella stessa congiuntura, per l'inaspettata dilatazione della malattia, anche a Trieste le autorità si attivarono in modo singolare:

...che la città fosse sull'orlo del collasso si evince dal proclama del municipio triestino del 12 ottobre 1849 col quale l'istituzione, non essendo più in grado di sopperire, visti i limitati mezzi, alle ingenti spese causate giornalmente dal morbo, invitava i cittadini a porgere aiuto ai bisognosi mediante un contributo volontario. Tre giorni dopo la Commissione centrale di Sanità, visto l'alto numero di ammorbatati, esortava la popolazione bisognosa di assistenza medica e religiosa "a compatire qualche involontario ritardo prodotto unicamente dalla quantità degli affari, e a non disanimare con degli atti o termini inconsulti coloro che per la nostra salvezza si affaticano giorno e notte".²¹

Soprattutto quest'ultimo caso fa emergere come il contagio del colera ebbe un effetto devastante, giacché per il suo carattere rapido, violento e misterioso, ridestava tra la popolazione l'antico terrore della peste²²,

1960; R. Maccolini, *Bologna e le grandi pandemie dei secoli passati*, in "Buletto delle Scienze Mediche", n. 6, 1940, pp. 595-623. Il colera si ripresentò a Bologna in più ondate, fino al 1886 con una terza recrudescenza meno micidiale delle precedenti. Cfr. G. Baldi, *L'epidemia di colera del 1855 in Bologna nei riflessi del servizio farmaceutico*, in "La farmacia nuova", XXVII, n. 2 bis, 1972; F. Verardini, *Breve cenno intorno all'invasione del Cholera Morbus nella Città e nella Provincia di Bologna nell'anno 1855*, Bologna, 1856; P. Predieri, *Il Cholera Morbus nella Città di Bologna nell'anno 1855*, Bologna, 1857; Relazione della Commissione Sanitaria Municipale. L'epidemia di Cholera-Morbus nel Comune di Bologna. L'anno 1886, Bologna, 1887.

21 Archivio Regionale di Capo d'Istria (=ARC), *Archivio Manzoni*, (Scritti, stampati, e relazioni e statistiche sul colera negli anni 1836, 1849, 1855) "Proclama della Commissione Centrale di Sanità di Trieste, 15 ottobre 1849". L'evoluzione del contagio di colera a Trieste e in Istria, si rinvia a Cigui, *Le epidemie di colera*, cit., pp. 429-503.

22 "Una completa ricostruzione storica della peste travalica la semplice storia della medicina", così afferma lo storico William Hardy McNeil (*La peste nella storia. L'impatto delle pestilenze e delle epidemie nella storia dell'umanità*, Milano 2012) e ben rappresenta gli evidenti nessi tra la diffusione delle malattie infettive e i diversi livelli di sviluppo della società umana. Sul tema si rinvia anche a W. Napy, A. Spicer, *La peste in Europa*, Bologna 2006; S. Kline Cohn jr., *Cultures of plague: medical thinking at the end of the Renaissance*, Oxford, 2010; Id., *The black death transformed: disease and culture in early renaissance Europe*, London, 2003; Id., *The cult of remembrance and the black death. Six Renaissance cities in central Italy*, London, 1997. Nelle città italiane, la peste del 1630 arrivò con particolare infettività come sottolineato da Carlo Venuti (*La vita al tempo della peste*, in "Pestiferus. Quaderno Guarneriano", n. 6, 2015) che evidenzia anche la 'concausa' di tale diffusione: "Gli storici concordano nel ritenere come concausa la grave crisi economica degli anni immediatamente precedenti, accompagnata

e divenne cartina di tornasole per “determinare la morbilità di una data società”²³.

2. Sorvegliare e punire dalla Peste all'emancipazione

Il colera fu una delle malattie che segnarono più profondamente, per il doppio carattere della epidemicità e della letalità, non solo l'Italia ma tutto il continente europeo, sebbene in tempi più remoti, tra la metà del XVI e gli ultimi decenni del XIX secolo non ci fu nella penisola: periodo in cui tifo, peste, vaiolo o colera non comparissero da qualche parte²⁴. I responsabili

dal drastico calo delle nascite, conseguente al generale stato di malnutrizione. Poco tempo prima, una terribile carestia aveva infatti colpito il Nord Italia e i luoghi abitati vennero presi d'assalto da vagabondi e mendicanti... Alcuni demografi, come Guido Alfani, hanno interpretato la peste del 1630 come uno spartiacque economico per la storia d'Italia: questa ondata infatti, seguita a molte altre epidemie che avevano sostanzialmente risparmiato le campagne e decimato le fasce più povere della popolazione urbana, imperversò in maniera indiscriminata in ogni angolo geografico e sociale. Pertanto, se le pesti “dei poveri” del XVI secolo si concentravano soprattutto nelle realtà urbane più deboli e depresse, quelle del Seicento interessarono sia gli agglomerati più consistenti che le piccole comunità rurali, scardinando il sistema produttivo e privando le campagne delle proprie potenzialità e delle persone necessarie ad integrare i decessi in città”, p. 12. Per approfondimenti sulle conseguenze economiche e demografiche nelle dinamiche di lungo periodo, è decisiva la ricostruzione di G. Alfani, S.K. Cohn Jr, *Nonantola 1630. Anatomia di una pestilenza e meccanismi del contagio* (con riflessioni a partire dalle epidemie milanesi della prima Età Moderna), in “Popolazione e storia”, n. 2, 2007, pp. 99-138; G. Alfani, A. Melegaro, *Pandemie d'Italia. Dalla Peste Nera all'influenza suina: l'impatto sulla società*, Milano 2010; C.M. Cipolla, *Il pestifero e contagioso morbo. Combattere la peste nell'Italia del Seicento*, Bologna 2012. Per l'ampia e dettagliata bibliografia citata sul tema si rinvia a G. Alfani- R. Sansa, *Il ritorno della peste? Un'introduzione alla storiografia recente*, in “Popolazione e storia”, n. 2, 2015, pp. 9-19; A. Pastore, *Peste e società*, in “Studi Storici”, A. 20, n. 4, 1979, pp. 857-873.

23 Sulla ‘morbilità’ quale rapporto percentuale fra il numero dei giorni di malattia e il numero delle persone esposte al rischio di ammalarsi, calcolato per classi di età, si rinvia al lavoro di C.M. Cipolla, *Miasmi ed umori. Ecologia e condizioni sanitarie in Toscana nel Seicento*, Bologna, 1989.

24 La loro evoluzione è stata generalmente suddivisa in quattro momenti: la sparizione della peste dopo l'ultima micidiale epidemia del 1631-321, le ondate epidemiche di tifo che furono associate a periodi di grandi carenze alimentari come quelle degli anni 1590, 1647-48, 1740, 1816-17, la recrudescenza del vaiolo nel corso del XVIII secolo e nella seconda metà di quello successivo, l'affermarsi del colera nel periodo 1830-1886. Un'indagine storica sullo svolgimento dei morbi epidemici in Italia che merita di essere ricordata è quella svolta dal medico bolo-

delle comunità, consapevoli che soltanto notizie tempestive sulla comparsa di qualche focolaio epidemico costituivano la più efficace premessa per misure prudenziali, attivarono ‘canali di informazione’ per avere contezza sulla contagiosità della malattia degli Stati confinanti²⁵, così da poter far fronte alle gravi situazioni con puntuali ordinanze e provvedimenti nei diversi ambiti della vita sociale. In quei tragici eventi nacquero ‘misure per il contenimento e la gestione delle emergenze’ finalizzate alla tutela dell’ordine pubblico (in occasione della peste del 1630), ad esempio a Bologna:

Caso tipico è Bologna dove alla fine di agosto, dopo l’arrivo di lettere da Milano sulla morte dei due capi-untori, si scorgono unzioni su porte delle case, catenacci e cantonate... Il 10 settembre esce un lungo bando contro i diffusori di “pestiferi veleni” che rivela i dubbi di molti... sulla vera natura delle unzioni: si parla infatti di persone desiderose “di apportare et accrescere la peste” ma anche di possibile “scherzo con materia non pestilente” per “mettere terrore e spavento al popolo, cittadini et habitationi tanto della città, quanto del contado”; ad ogni buon conto la grida promette la morte con tenagliatura ed infamia agli autori, o anche solo ideatori, di “così enorme et esecrando delitto”, concede impunità e premi ai delatori e, per togliere ogni velleità ad eventuali buontemponi, minaccia la forza agli autori di unzioni “da scherzo”;²⁶

gnese Alfonso Corradi e raccontata negli *Annali delle epidemie occorse in Italia dalle prime memorie fino al 1850*, voll.1-4, Bologna 1865-1894. Per una lettura ‘moderna’ dei fenomeni pandemici che colpirono l’Europa, si rinvia a M.D. Grmek, *Géographie médicale et histoire des civilisations*, in “Annales E.S.C.”, 18, 1963, pp. 1071-1097; W.H. McNeill, *Plagues and peoples*, Oxford, 1977; Id., *The human condition. An ecological and historical view*, Princeton, 1980; H. Zinsser, *Rats, Lice, and History: Being a Study in Biography, Which, After Twelve Preliminary Chapters Indispensable for the Preparation of the Lay Reader, Deals With the Life History of Typhus Fever, Black Dog & Leventhal Publishers*, New York, 1996 (prima edizione 1935).

25 Come racconta Walter Pasini (*Sars*, in <https://www.leadershipmedica.it/index.php/g-o/malattie-infettive/252-sars>): “Nei secoli passati, i canali di informazione di cui le autorità si potevano servire erano i viaggiatori – per terra o per mare – che raccoglievano informazioni nelle stazioni di posta o nei porti. Questi viaggiatori si potevano considerare come le sentinelle dell’attuale sorveglianza epidemiologica o ambasciatori sanitari inconsapevoli. A volte, le autorità davano a validi funzionari o a medici l’incarico di recarsi ufficialmente o in segreto nei paesi vicini, negli Stati confinanti ove vi fosse il sospetto di qualche malattia contagiosa per riportare in patria notizie attendibili. Dalla metà del 1500, le autorità si scambiarono informazioni di carattere sanitario, impegnandosi a non celare la verità, sempre più convinte che questa reciproca lealtà era la più seria garanzia di tutela della salute comune”.

26 Preto, *Epidemia, paura*, cit., pp.72-73. Per le fonti cfr. Archivio di Stato di Bologna, *Bandi*, voll. 2, n. 60; è riprodotto anche in *Raccolta di tutti li bandi, ordini e*

e nel Granducato di Toscana, dove a Firenze:

Si vietò l'entrare a confini (quando il male era già in Bologna) a tutti gli ebrei, vagabondi, birboni, e zingare "ancor che avessero loro bullette specchiate, non essendo tempo di aggravare il corpo della città, con umori così maligni, dispostissimi alla putredine".²⁷

Si intervenne, peraltro, sulla limitazione della libertà di movimento, come quando si manifestò la peste nel 1576 nel Ducato di Milano:

In Milano pure fra gli altri provvedimenti per estinguere il contagio, fu adottato quello della quarantena, la quale, cominciata ai 25 d'Ottobre 1576 giunse di proroga in proroga sino ai 7 di Marzo dell'anno appresso: ma più volte è detto nelle Gride che l'intenzione e disegno, che ottener volevasi con l'istituita quarantena, in vari modi era deluso e defraudato. Per fare stare le genti in casa, ai disobbedienti era data la corda, e se infetti senza dilazione impiccati; dappertutto essendo già piantate le forche, o per morte, over per corda.²⁸

In quei tragici eventi vi fu, ancora, il proliferarsi di regolamenti igienico-sanitari e l'istituzione di lazzaretti quali spazi di ricovero per i contagiati: così nel Seicento, nel Parlamento friulano

provisioni fatte per la città di Bologna in tempo di contagio imminente, e presente, li anni 1628, 1629, 1630 & 1631, Bologna, 1631, pp. 150-53.

- 27 Cfr. Corradi, *Annali delle epidemie occorse in Italia*, cit., III, pp. 118 ss; Per maggiori ragguagli sull'ondata di peste del 1630 che colpì tragicamente Firenze ma che portò anche i primi provvedimenti di igiene e salute pubblica, che prima erano saltuarie, scoordinate e poi – per la congiuntura – codificate, cfr. M. Brogi Cioffi, *La peste del 1630 a Firenze con particolare riferimento ai provvedimenti igienico-sanitari e sociali*, in "Archivio Storico Italiano", 142(1984), pp. 47-75; A. G. Carmichael, *Plague and the Poor in Renaissance Florence*, Cambridge-London, 1986. Sugli ebrei 'untori', le cui comunità vennero perseguitate e decimate fin dalla Peste nera del 1348 in tutta Europa, in seguito all'accusa di propagazione di morbi contagiosi, i cronisti non riscontrarono fenomeni di antisemitismo in Italia se non a partire dal XVII secolo, con qualche caso isolato nella prima metà del Cinquecento. Per una lettura storica del fenomeno si rinvia a A. Foa, *Ebrei in Europa. Dalla Peste Nera all'emancipazione. XIV-XIX secolo*, Bari-Roma, 1999 e alle recenti analisi di M. P. Zanoboni, *La vita al tempo della peste. Misure restrittive, quarantena, crisi economica*, Sesto San Giovanni 2020.
- 28 Cfr. Corradi, *ivi*, II, pp. 252 ss. a cui si rinvia per l'ampia e dettagliata bibliografia riportata (in particolare, G. Bugati, *I fatti di Milano, al contrasto della peste, over pestifero contagio: dal primo d'agosto 1576 fin a l'ultimo dell'anno 1577*, Milano, 1578, p. 33). L'Autore degli *Annali*, nel suo peculiare racconto, richiama gli interventi che vennero messi in campo, nella seconda metà del Cinquecento, proprio a causa dell'ondata di peste che colpì tutta l'Italia.

Per costruire la nuova struttura, nel 1623 la Serenissima aveva chiesto al Parlamento friulano almeno una parte del relativo finanziamento, poiché questo lazzeretto sarebbe servito “per beneficio comune non solo del Friuli... ma anche di tutto lo Stato”. Il progetto prevedeva specifiche norme igieniche, la prescritta distanza dalle case e la vicinanza al rio S. Maria per disponibilità idrica nei servizi interni e nell'alimentazione delle fosse e vasche di lavaggio; l'edificio doveva inoltre sorgere sulla strada principale, favorendo l'accesso diretto di passeggeri e merci da sottoporre a verifica. Ogni disposizione fu osservata e il borgo nei pressi della struttura si chiamerà “del Lazzeretto”;²⁹

‘spazi di ricovero’ che, irrimediabilmente, si trasformavano in luoghi dove più frequenti delle guarigioni era l'alto numero dei decessi che imponeva sepolture rapide³⁰.

Certo è che si trattarono di interventi cospicui per numero e per capacità di incidenza, come quelli fiscali necessari per reperire adeguate risorse finanziarie. A tal proposito, si rammentano le conseguenze della pestilenza del 1657 a Genova:

Al termine della pestilenza si era poi posto alla città il drammatico problema del ripopolamento e della ripresa. Al sollievo delle finanze “esauste” si sarebbe provveduto, con un primo espediente di assicurare alla Repubblica la successione dei beni delle vittime senza eredi, e mettendo all'incanto persino gli effetti personali dei morti...Già col dicembre del 1657 si dava mano alla immissione forzosa di gente delle Riviere...Da parte sua, la Repubblica assicurava due anni di assoluta franchigia agli esercenti di qualunque mestiere che si sarebbero stabiliti in Genova...³¹

29 P.C. Caracci, *Antichi ospedali del Friuli*, Udine, 1968, pp. 34 ss.

30 Sul ‘regime speciale’ delle sepolture non si può prescindere dal caso dell'epidemia di peste nello Stato Pontificio, e nel particolare a Roma, dove la Congregazione di Sanità, già istituita per la pestilenza del 1630, si attivò per stendere un cordone sanitario al fine di preservare lo Stato Pontificio: “Il controllo sui corpi andava oltre la morte; la gestione dei cadaveri, considerati potenziali veicoli della peste, venne sottoposta ad una precisa normativa. Uno dei primi provvedimenti fu quello di vietarne la sepoltura nelle chiese e, per far fronte ai numerosi decessi venne individuata un'apposita area, nei prati vicino San Paolo, dove furono scavate delle profonde fosse comuni”, L. Topi, *Forme di controllo in una città “appestata”: Roma 1656-1657*, in <http://www.eurostudium.eu/Eurostudium44/Topi-Roma.pdf>. Per approfondimenti bibliografici sulla storia dei Lazzeretti, cfr. N.E. Vanzan Marchini (a cura di), *Venezia e i lazzeretti mediterranei*, Mariano del Friuli 2004.

31 D. Presotto, *Genova 1656-1657. Cronache di una pestilenza*, in “Atti della Società Ligure di Storia Patria, nuova serie”, V/2, 1965, pp. 343-344. Sulla peste a Genova cfr. A. Pastore, *Crimine e giustizia in tempo di peste nell'Europa moderna*, Roma-Bari, 1991, pp. 173-187; F. Casoni, *Successi del contagio della Liguria ne-*

Ed ancora: la sorveglianza all'ingresso della città e l'attivazione di un sistema generale di quarantena per individui e merci in ingresso. Il Regolamento Sanitario vigente nel Regno delle Due Sicilie, emesso il 13 marzo 1820, è una testimonianza particolarmente rilevante per valutare il tipo di sorveglianza messa in campo:

All'arrivo del bastimento il Deputato della città/porto di arrivo si avvicinava all'imbarcazione tenendo in mano una lunga canna spaccata all'estremità ove il capitano doveva infilare nello spacco i documenti di navigazione. Queste patenti venivano immediatamente affumicate alla fiamma di un fuoco acceso sulla riva e solo dopo l'affumicazione potevano essere aperti e letti.. il capitano del legno si doveva mettere sotto-vento (conformemente alla teoria epidemiologica), spiegando bene la patente, mantenendola di fronte al Deputato di Sanità in modo che questi potesse verificare a debita distanza il contenuto. Se i documenti di navigazione richiesti non fossero stati presentati, in tempi indenni dal contagio, chi commetteva questa mancanza veniva punito con cinque giorni di osservazione in isolamento, mentre in tempi di epidemia in caso di mancanza di questi documenti, a parte le sanzioni di polizia e di dogana, l'equipaggio veniva sottoposto ad una lunga quarantena.³²

gli anni 1656 e 1657, Genova, 1831; W. Rossi, M. Lagomarsino, *Nuove ricerche sulla grande peste del 1656-1657 a Genova*, in *Genova, la Liguria e l'Oltremare tra Medioevo e l'Età Moderna. Studi e ricerche d'archivio*, Genova, 1976, pp. 391-429; G. Rocca, *La peste di metà seicento a Genova e in Liguria. Alcune considerazioni sulla diffusione spaziale di un'epidemia*, in "Popolazione, società, ambiente", cit., pp. 707-720; A.M. da San Bonaventura, *Li lazzeretti della città, e riviere di Genova del 1657. Ne' quali oltre a successi particolari del contagio si narrano l'opere virtuose di quelli che sacrificarono se stessi alla salute del prossimo. E si danno le regole di ben governare un popolo flagellato dalla peste*, Genova, 1658. I dati sulla mortalità per peste nelle città di Napoli, Roma, Genova e nella Sardegna sono ripresi da E. Sonnino, *Cronache della peste a Roma. Notizie dal ghetto e lettere di Girolamo Gastaldi (1656-1657)*, in "Roma Moderna e Contemporanea", 1-3, 2006, p. 35.

- 32 A tal riguardo, gli articoli 31, 32 e 33 del Regolamento erano specificatamente dedicati alla visita. Per una lettura commentata del Regolamento, cfr. S. Sabbatini, *Le epidemie sul mare. Odissee di migranti nel XIX secolo*, in "Le Infezioni in Medicina", n. 2/2015, p. 200. Analoghi provvedimenti vennero presi dalle autorità locali durante il colera, nel 1865: ad esempio, in Terra d'Otranto, "il primo caso di colera registrato...aveva interessato un militare di Manduria e porta la data del 25 luglio 1865. Si diffuse il panico, tanto che il Prefetto Murgia con nota n. 12506, circolare n. 79 del 2 settembre dovette portare a conoscenza che: il servizio di sicurezza pubblica che prestano i Reali Carabinieri non può essere menomamente disturbato, né interrotto. Il sottoscritto mentre assicura perciò che nessuno dei Carabinieri residenti in luoghi infetti dal morbo asiatico si allontanerà dalla propria residenza, fa conoscere che i medesimi, a vece di altra carta sanitaria, saranno muniti della presente, e non si potrà pretendere che vengano assoggettati

3. *Uno sguardo fugace sull'epidemia dell'emergenza: una questione politico-giuridica sempre aperta*

Si dovrà attendere il 1883 e Koch³³ dove la scoperta dell'eziologia della malattia, insieme ad un'ormai 'soddisfacente' profilassi, faranno pensare a molti che l'Italia sarebbe rimasta immune. Ma solo dopo un anno, ecco l'ondata di colera che colpì l'intera penisola e fu proprio quella catastrofica contingenza a stravolgere le prospettive fiduciose del Paese. Il monito dei medici, dei cronisti e dei politici rivelò zone di disinganno e di sfaldamento, le quali divennero occasioni per ripensare dalle fondamenta e senza prevenzioni, interventi adeguati ad un popolino che "non poteva partecipare neppure indirettamente a questo nuovo sapere...[perché] tenacemente attaccato all'antico"³⁴. Gli ardori utopici del nuovo sapere andarono miserevolmente naufragando in quegli anni e se l'ottimismo 'inconsapevole' del legislatore unitario e postunitario non recedette, le sue scelte univoche e ferme suscitavano perplessità, soprattutto nel Mezzogiorno d'Italia:

Su questo tema così incautamente toccato da Crispi, a sua volta sospettato di fomentare il malcontento siciliano a fini anti-ministeriali, ... nel 1888 Antonio Palomes pubblica un libro intitolato *Il colera e i siciliani* in cui vomita insulti e attacchi a Crispi, ai liberali, al Risorgimento, all'unità d'Italia: rinfaccia la favola del colera-veleno inventata nel 1837 e accreditata da Garibaldi nel 1860, ridicolizza gli attacchi di Crispi al clero, denuncia con parole di fuoco il malgoverno dei liberali nella Sicilia postunitaria, ironizza pesantemente sul liberismo sanitario del Morana, definito "unità d'Italia unità di colera" e "libero colera in libero Stato", e si abbandona ad una faziosa requisitoria contro i "fratelli" del Nord réi di aver chiamato i siciliani "barbari, selvaggi, vigliacchi" e dimentichi

a disinfezione, ma sarà loro concesso libero il passaggio ovunque, sotto pena di gravi misure di rigore contro i trasgressori; dovendo i Sindaci, e militi comunali avere piena fiducia nella parola del distinto Maggiore dei Reali Carabinieri che assicura di non permettere né ai Carabinieri di Manduria né ad altri di luoghi infetti di allontanarsi dalla residenza...", E. De Simone, *Cholera-morbus, epidemie, medicina e pregiudizi nel Salento dell'Ottocento*, Lecce, 1994, p. 67.

33 Non è possibile, in questa sede, una trattazione estensiva di Robert Koch, sul quale, peraltro esiste una vasta letteratura specializzata, senza alcuna pretesa di completezza si rinvia T. D. Brock, *Robert Koch. A Life in Medicine and Bacteriology*, Wisconsin, 1988.

34 A. Forti Messina, *Risvolti politici nella storia del colera*, in *Storia della sanità in Italia. Metodo e indicazioni di ricerca*, Roma, 1978, p. 196.

che i pregiudizi del colera-veleno “sono merce sgabellataci, innanzi il 1860, col bollo della liberaleria, e spacciata da essi al popolo in carta tricolore”.³⁵

e divennero un problema di ‘politica legislativa’.

Molto restava da demolire e sorgeva il dilemma se persistere in tanto zelo o arrestarsi. La ‘paura del colera’ da residuo storico indiscutibilmente deterioro stava divenendo, per il fallimento di una nuova ‘dimensione culturale affrancante da retaggi’, oggetto di discussione: il suo volto si faceva più complesso e la sua ‘struttura’ appariva più meritevole di una considerazione non frettolosa.

Due circostanze cooperarono in questo senso negli anni a seguire, soprattutto in riferimento alle epidemie del 1893³⁶, del 1910³⁷ e di febbre spagnola del 1918-19³⁸, vale a dire la distribuzione ed entità del fenomeno come si colgono nelle rilevazioni statistiche³⁹, e la maggior presa di coscienza da par-

35 Così Paolo Preto (*Epidemia, paura*, cit., pp. 235-6) sottolinea come “I ‘pregiudizi’ del colera-veleno rispuntano in Sicilia ogni volta che la malattia torna a farsi minacciosa” e cita il peculiare lavoro di Antonio Palomes, *Il colera e i siciliani*, Palermo, 1880, (in part. pp. vi, 3, 16, 35-39, 81, 182 ss., 275 ss.).

36 Cfr. E. Raseri E., *Notizie statistiche sull'epidemie di colera in Italia nell'anno 1893*, in *Rivista d'Igiene e Sanità Pubblica*. Archivio Centrale dello Stato, Ministero dell'Interno, Direzione Generale di Sanità, Roma, 1895, pp. 305-306.

37 Un panorama sulla diffusione del colera del 1910-11 in Archivio centrale dello Stato, Ministero dell'interno, Direzione Generale di Sanità, b. 266.

38 Numerosi i contributi sulla grande pandemia influenzale del 1918-19, un evento al di sopra di tutti gli altri nella storia dell'influenza, tra questi cfr. G. Menata, *La salute pubblica in Italia durante e dopo la guerra*, Bari, 1925; W.I. Beveridge, *L'influenza. L'ultimo grande flagello*, Roma 1982; G. Caviana, *L'influenza epidemica attraverso i secoli*, Roma, 1959; A. Corsini, *L'influenza oggi e nel passato*, in “Archivio di Storia della Scienza”, vol. 1, n. 1/1919; F. Hoder, *Storia ed etiologia dell'influenza*, in “Il Policlinico” (*sezione Pratica*), vol. I, 1933, pp. 457-458; C. B. Vicentini-E. Guidi-S. Lupi-M. Maritati-S. Manfredini-C. Contini, *L'influenza nelle ondate epidemiche del XIX secolo*, in “Le infezioni in medicina”, n. 4, 2015, pp. 374-389.

39 A tal riguardo, un interessante lavoro di analisi e riflessioni è certamente stato compiuto da Antonella Pinnelli e Paola Mancini (*Il declino della mortalità infantile e giovanile in Italia tra fine '800 e inizio '900: un cammino interrotto da periodi difficili*, in “Historia contemporánea”, n. 18, 1999, pp. 89-127) che hanno raccolto dati statistici ed un'ampia rassegna bibliografica sugli studi di statistica e di demografia collegati al fenomeno della morbidità, mortalità ed incidenza socio-sanitaria delle epidemie di fine Ottocento e primo Novecento. Le Autrici rilevano che “In Italia i tempi di manifestazione e le caratteristiche dell' epidemia sono simili a quelle del resto d'Europa ma con un numero di decessi molto più alto pari, durante la fase autunnale, a circa 274.000. Il tributo maggiore viene pagato dalle province dell'Italia centrale e settentrionale, ma alcune regioni come la Liguria e la “Venezia”, furono poco toccate”.

te di certi filoni medico-dottrinali il cui programma, di dimensioni gigantesche, si faceva carico dell'insieme dei problemi sanitari e di tutti i fattori che li determinavano e si proponeva come guida per l'insieme della società⁴⁰:

La medicina, con le sue diverse componenti (fisiologia, igiene, clinica, ecc.) forma una vasta rete che avvolge la società tutta intera, la penetra in tutti i sensi, in tutte le direzioni, vi si infiltra, scivola nelle sue pieghe più intime, s'identifica con essa, andando dagli strati sociali più bassi sino agli uomini che la dominano grazie al loro talento, fortuna, meriti, prestigio e potere ... È la medicina che ... dirige e sorveglia in tutti i suoi periodi l'educazione sociale dell'uomo e della società.⁴¹

Ed è proprio con la citazione del patologo francese Antoine Léon Boyer che si possono chiudere queste riflessioni che sono soltanto una minima divagazione ad un racconto storico-giuridico che meriterebbe spazi d'indagine ben più ampi, con la convinzione di aver ritrovato nelle sue argomentazioni che guardavano a tutto lo sviluppo dottrinale della scienza medica per darle una più temprata collocazione e formulazione tecnica, una tra le voci più compiute, più speculativamente ricche e soprattutto più espressive del dibattito che ancora oggi anima la nostra contemporaneità.

40 Sullo sviluppo e l'influenza sul piano normativo di filoni medico-dottrinali, si rinvia alle analisi di Fantini (*La storia delle epidemie*, cit.): "La medicalizzazione della società, da questo punto di vista, è certo la diffusione della società dei nuovi principi della medicina scientifica e ospedaliera, con tutti gli aspetti economici che questo ha comportato e comporta, ma è anche una risposta a bisogni reali esistenti nei diversi paesi, nei diversi ambienti di vita, la risposta ai movimenti politici e sociali che si sviluppano nell'Ottocento", p. 16.

41 A.L. Boyer, *Du rôle de la médecine et des médecins dans la société; de leur influence sur le progrès et la civilisation*, in A. Dechambre (ed.), *Dictionnaire encyclopédique des sciences médicale*, 2ème série, vol. 5, Paris, 1872, p. 624.

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. Tuozeo (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 sentt. 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 sentt. 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 variegata 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 pressapochismo...”.

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”.

RAFFAELE RUBERTO

IL RUOLO DELLA PREFETTURA NELLA GESTIONE DELLE CRISI SANITARIE, IN PARTICOLARE DELL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19: L'ESPERIENZA DELLA PREFETTURA DI CASERTA

1. Premessa

La pandemia da SARS-COV-2 ha rappresentato un'emergenza che, per portata e conseguenze, ha richiesto l'azione coordinata di tutte le autorità competenti, a livello nazionale e locale¹.

In tale circostanza, il poliedrico e cangiante ruolo del Prefetto, radicato nel tempo², ha assunto pregnante rilievo nella gestione dei vari aspetti e conseguenze derivanti dalla crisi sanitaria³.

1 V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Milano, 1986, p. 143; V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *dirittifondamentali.it*, 2020; G. Bernabei, *Carattere provvedimentale e decretazione d'urgenza*, Padova 2017, pp. 225-230; C. Galateria, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, p. 41.

2 Si veda la legge n. 2248 del 1865, conosciuta anche come legge Lanza oppure legge Ricasoli, dal Ministro dell'Interno del Governo La Marmora II che ne fu promotore, Giovanni Lanza. Fu una legge del Regno d'Italia unitario rubricata "*legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*", emanata il 20 marzo 1865, che all' art. 3, allegato A – Organizzazione amministrativa dello Stato – , testualmente recita: "*Il Prefetto rappresenta il potere esecutivo in tutta la provincia; esercita le attribuzioni a lui demandate dalle leggi, e veglia sul mantenimento dei diritti dell'autorità amministrativa [...]; provvede[...] all'esecuzione delle leggi; veglia sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni, ed in caso di urgenza fa i provvedimenti che crede indispensabili nei diversi rami di servizio; soprintende alla pubblica sicurezza, ha diritto di disporre della forza pubblica e di richiedere la forza armata; dipende dal ministro dell'interno, e ne eseguisce le istruzioni*".

3 In generale, sul tema, L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, fasc. 1, 2020.

In primo luogo i Prefetti⁴, quali Rappresentanti del Governo sul territorio provinciale, sono stati chiamati ad attuare le direttive impartite a livello centrale, coordinando, secondo il principio di leale collaborazione⁵, le attività periferiche dello Stato con l'azione delle Regioni⁶, in una materia, la tutela della salute⁷, rientrante tra quelle di competenza legislativa concorrente⁸.

Orbene, il ruolo del Prefetto nella gestione di tale emergenza è delineato sia dalla normativa ordinaria, sia dalle disposizioni *extra ordinem*, espressamente previste dai vari atti governativi che, numerosi, si sono susseguiti nel corso degli ultimi mesi⁹.

4 In Italia la figura del prefetto ricopre un ruolo molto importante. Oltre a occuparsi di ordine e sicurezza pubblica, alle prefetture sono attribuite anche gran parte delle funzioni esercitate a livello periferico dallo Stato. Un compito che emerge con ancora più forza quando, per ragioni diverse, il ruolo e i poteri attribuiti alle amministrazioni locali non risultano sufficienti a fronteggiare la situazione.

5 Il principio ha fondamento costituzionale nell'art. 120 Cost. e riconoscimento euro-unitario all'art. 13, parag. 2, TUEL. In dottrina, E.C. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioDiritto*, 2020.

6 Cfr. art. 10 della legge n. 131 del 5 giugno 2003, riguardante le *Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.*, pubblicata su GU Serie Generale n.132 del 10 giugno 2003.

7 Sul punto il Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa (CEDS) in data 22 aprile 2020, ha sostenuto in una *dichiarazione interpretativa sul diritto alla protezione della salute (Articolo 11 della Carta sociale europea) in tempi di pandemia* che “*in tempi di pandemia, la tutela del diritto alla salute per tutti deve essere l'obiettivo primario di ogni politica e misura pubblica, poiché le pandemie e le relative risposte degli Stati possono comportare rischi significativi per molti altri diritti sociali*”. Il Comitato ha approvato numerose misure adottate dagli Stati per contrastare il contagio da Covid-19, come i *test* diagnostici e la tracciabilità dei contagiati, il distanziamento tra persone e l'autoisolamento, la fornitura di mascherine e disinfettanti adeguati, nonché l'imposizione di misure di quarantena e di isolamento, ma richiama alla necessità che le misure “siano studiate e attuate tenendo conto dello stato attuale delle conoscenze scientifiche e nel rispetto delle norme pertinenti in materia di diritti umani”, senza trascurare altri diritti, come quello alla tutela della sicurezza sul lavoro e i diritti dei bambini e degli anziani.

8 Cfr. art. 117, comma 3, Cost.

9 La severa compressione di alcune libertà fondamentali ha suscitato un ampio dibattito in dottrina in relazione alla natura dei dPCM e alla legittimazione degli stessi a limitare i diritti costituzionalmente garantiti. La dottrina appare concorde nel ritenere il dPCM un atto amministrativo non avente forza di legge e, come tale, qualificabile alla stregua di una fonte normativa secondaria. In modo più particolare, si può sostenere che i dPCM rientrino tra le ordinanze *extra ordinem* atte a regolare situazione emergenziali, anche in deroga alla legge e alle libertà fondamentali. L'uso reiterato dei dPCM sta suscitando alcuni dubbi, dato che

Il diffondersi, in maniera pandemica, della malattia da Coronavirus, dunque, ha costituito evento calamitoso che ha, in un primo momento, richiesto un intervento del Prefetto volto alla gestione dell'emergenza in senso proprio, svolta nell'ambito del Servizio nazionale di protezione civile, e al contenimento del contagio, compiti poi affiancati, nella cd. *FASE 2* dell'emergenza, da ulteriori e delicate funzioni, quali il monitoraggio delle misure di prevenzione e di contenimento del contagio, il contrasto a fenomeni criminosi sorti a causa delle sofferenze finanziarie dei cittadini e delle imprese, l'impulso alla ripresa economica, l'attenzione ai vari fenomeni di disagio sociale.

Per quanto concerne nello specifico la provincia di Caserta¹⁰, pur non essendosi registrato, nella prima fase della crisi sanitaria, un elevato numero di casi di positività al virus, le conseguenze del *lockdown* e della sospensione della quasi totalità delle attività produttive hanno richiesto un impegno costante volto a prevenire o, se del caso, a intercettare le situazioni di difficoltà sociale, oltre che a monitorare il contagio, data la persistenza, seppur a fasi alterne, dell'emergenza epidemiologica.

2. La gestione dell'emergenza: *FASE 1*

Al verificarsi di un'emergenza, intesa come situazione derivante da uno degli eventi calamitosi legislativamente previsti¹¹, il d.lgs. n. 1/2018, meglio noto come Codice di Protezione Civile, appresta una puntuale disci-

da sempre le situazioni di necessità ed urgenza sono state regolamentate con lo strumento del decreto-legge. Tuttavia, sembra probabile ritenere che il Governo abbia preferito utilizzare il dPCM per due ordini di ragioni. La prima risiede nel divieto di reiterazione del decreto-legge sancito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 360 del 1996; nella situazione attuale sarebbe stato, infatti necessario reiterare i decreti-legge a fronte di un continuo stato emergenziale, salvo dimostrare facilmente l'esistenza di nuovi motivi di necessità ed urgenza. La seconda ragione, probabilmente la più corretta, consiste nella velocità dell'iter di adozione di un atto amministrativo rispetto all'iter di approvazione di un atto legislativo, in particolare del decreto-legge.

10 Si consideri, a titolo esemplificativo, che, dalla lettura dei dati pubblicati dal Dipartimento della Protezione Civile, emerge che i contagi registrati in provincia al 19 marzo 2020 (n. 94) rappresentavano lo 0,23 % della totalità dei casi di positività accertati a livello nazionale (n. 41.035) e che la provincia di Caserta si collocava al quarto posto fra le province campane per diffusione del contagio.

11 Cfr., l'art. 7 del d.lgs. n. 1/2018, *Codice della protezione civile*, in G. U. n. 17 del 22 gennaio 2018.

plina volta ad individuare le autorità competenti e le azioni che esse sono chiamate a svolgere, in maniera coordinata tra loro.

La prima fase dell'emergenza sanitaria ha avuto inizio con la deliberazione dello stato d'emergenza di rilievo nazionale¹² con decreto del Presidente della Repubblica del 31 gennaio 2020, intervenuta giacché la pandemia ha rappresentato un evento calamitoso che, per intensità ed estensione, ha richiesto mezzi e poteri straordinari per essere fronteggiato.

In questa evenienza, il Dipartimento di Protezione civile ha, dunque, affiancato la Presidenza del Consiglio dei Ministri nel coordinamento delle attività delle autorità nazionali e locali.

Come evidenziato dalla Circolare del Ministero dell'Interno – Gabinetto del 2 marzo 2020¹³, l'emergenza sanitaria, quale evento di protezione civile, ha comportato il rinvio al modello organizzativo di gestione delineato dagli indirizzi operativi emanati dal Dipartimento della Protezione Civile e contenuti nel d.P.C.M. del 3 dicembre 2008, i quali prescrivono, sulla base dell'estensione territoriale dell'emergenza e ove ritenuto necessario, l'attivazione dei centri di coordinamento soccorsi, dei centri operativi misti e dei centri operativi comunali, rispettivamente in caso di estensione provinciale, intercomunale o comunale dell'emergenza.

A livello provinciale, difatti, il Prefetto, nell'ambito del Servizio nazionale della protezione civile, durante l'emergenza da Covid-19, ha rappresentato un vero e proprio anello di congiunzione tra governo nazionale e realtà locali, consentendo un costante flusso informativo verso il Dipartimento di protezione civile e coordinando le attività delle amministrazioni locali¹⁴.

I poteri prefettizi, così come appena delineati, sono stati ulteriormente ampliati con l'adozione congiunta da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Dipartimento della Protezione civile di misure operative, volte ad individuare specifici modelli d'intervento, ponderati sulla base delle caratteristiche dell'emergenza sanitaria.

Nel contesto, è stato previsto che le unità di crisi regionali dovessero mantenere un contatto costante con la Prefettura del capoluogo di Regione¹⁵.

12 Cfr., l'art. 24 del d.lgs. n. 1/2018, cit.

13 Cfr. Circolare del Ministero dell'Interno – Gabinetto del 2 marzo 2020.

14 Cfr. l'art. 9, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 1/2018, cit.

15 Il territorio della provincia di Caserta, considerati i numeri dell'emergenza, non ha richiesto l'attivazione di un Centro coordinamento soccorsi, ferma restando l'attività di supporto e di impulso, compiuta dalla Prefettura nei confronti dei Sindaci dei 104 Comuni della Provincia, volta all'attivazione di centri operativi comunali, laddove necessario.

L'attività dei Prefetti di supporto alle autorità locali, inoltre, è stata sollecitata, da parte del Ministero dell'Interno¹⁶, anche con riguardo ai provvedimenti emanati dai Sindaci per fronteggiare l'emergenza.

Il d.l. n. 6/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 13/2020, all'art. 2 ha previsto che *“le autorità competenti”* (tra cui, dunque, i Comuni) *“possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'art. 1, comma 1”*, ossia fuori dai *“comuni o [da]lle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio”*; l'art 3, co. 2, chiarendo che *“nelle more dell'adozione”* dei d.P.C.M. *“nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate”* ai sensi dell'art. 32 della L. n. 833/1978, dell'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998 e dell'art. 50 del TUEL.

Sulla scia di quanto previsto a livello legislativo, i Sindaci hanno proceduto ad emanare ordinanze contingibili ed urgenti ai sensi dell'art.50 del T.U.E.L., tuttavia, pur non sussistendo, talvolta, strette esigenze di carattere sanitario.

Epperò, in taluni casi, più corretta sarebbe stata l'adozione di ordinanze ai sensi dell'art. 54, comma 4, del T.U.E.L., emanate dal Sindaco quale ufficiale di governo, e, pertanto, sottoposte, in virtù di un rapporto gerarchico sussistente tra le due autorità, al potere di vigilanza del Prefetto¹⁷.

Innanzitutto di rilievo è stata, dunque, l'opera dei Prefetti, retta dal principio di leale collaborazione, volta a sensibilizzare le Autorità locali a concordare, attraverso apposite riunioni di coordinamento, svoltesi in forma rigorosamente telematica, le misure di carattere contingibile e urgente, al fine di evitare contrasti con la normativa statale emanata per far fronte all'emergenza¹⁸. Nel territorio della provincia di Caserta non sono mancate ordinanze sindacali emanate ai sensi dell'art. 50 del T.U.E.L., in contrasto con disposizioni nazionali, limitative di diritti costituzionalmente garantiti (quale ad esempio la libertà di circolazione). In tali ipotesi, la Prefettura di

16 Cfr. Circolare del Ministero dell'Interno – Gabinetto del 2 marzo 2020.

17 Come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, il ruolo di supremazia del Prefetto trova riscontro in varie norme dell'ordinamento, come l'art. 13, comma 3, della legge n. 121/1981, che attribuisce al Prefetto il compito di assicurare l'unità di indirizzo e il coordinamento dei compiti e delle attività degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza nella provincia, e l'art. 2 del T.U.L.P.S. che attribuisce al Prefetto il potere di adottare, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

18 Cfr. Circolare del Ministero dell'Interno – Gabinetto del 2 marzo 2020, cit.

Caserta ha proceduto in un'opera di *moral suasion*, volta anche ad ovviare alla carenza di potere surrogatorio, previsto solo per le ordinanze *ex art.* 54 e non anche per quelle di cui all'art. 50 TUEL.

Al riguardo, espressione dell'attività prefettizia di raccordo fra i vari livelli di governo, quale manifestazione concreta del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione, è stato il coordinamento tra la Regione e alcuni Comuni della provincia, svolto dalla Prefettura di Caserta in occasione della festività del lunedì *in albis* e, in particolare, con riguardo alla circostanza per cui vari Sindaci della provincia avevano espresso l'intenzione di adottare ordinanze ai sensi dell'art. 50 TUEL volte alla chiusura degli esercizi commerciali della distribuzione alimentare, per evitare le usuali gite fuori porta. Tuttavia, al fine di scongiurare il fondato timore che eventuali chiusure *a macchia di leopardo* potessero favorire lo spostamento di quanti, trovando gli esercizi commerciali chiusi nel proprio comune si recassero in un comune limitrofo, la Prefettura ha paventato nelle vie brevi tale eventualità alla Regione Campania, la quale ha successivamente disposto, con ordinanza presidenziale, la chiusura degli esercizi sull'intero territorio regionale.

L'essenzialità della figura del Prefetto in un'emergenza di tale portata è, altresì, connessa al suo ruolo di Autorità provinciale¹⁹ di Pubblica sicurezza²⁰. In questa veste, egli presiede il Comitato provinciale per l'ordine e la

19 Al Prefetto la legge 121/81 affida il compito di sovrintendere all'attuazione delle direttive emanate in materia di ordine e sicurezza pubblica dal Ministro dell'Interno (o dal Governo) e di garantire l'unità di indirizzo e il coordinamento dei compiti e delle attività delle forze di polizia operanti sul territorio provinciale. Nell'assolvimento dei suoi compiti il Prefetto può avvalersi di un Organo ausiliario di consulenza, denominato Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica (art. 13). Storicamente, il compito del mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica era già stato attribuito al prefetto, che assumeva la denominazione di Intendente Generale, nell'ordinamento dello Stato sabaudo.

20 Nella letteratura pubblicistica il concetto di sicurezza pubblica risulta interpretato in modo eterogeneo. Per alcuni (V. Carboni, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*, Milano 1970, p. 307) essa è da ricondurre ad un rapporto di specie a genere con il concetto di ordine pubblico. Mentre quest'ultimo verrebbe ad identificarsi con la prevenzione di qualsiasi fatto criminoso, la sicurezza pubblica riguarderebbe, invece, la specifica prevenzione dei reati contro la sicurezza dei cittadini e dei loro beni. Secondo altri interpreti (G. Virga, *La potestà di polizia*, Milano 1954 p. 12), la sicurezza pubblica deve essere identificata nella incolumità fisica dei cittadini e nell'integrità dei loro beni, meritevoli di tutela nei confronti di qualsiasi tipo di pericolo. Per altri ancora (G.M. Corso, voce *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, p. 1063), la sicurezza pubblica è stata concepita come salvaguardia dell'incolumità fisica in occasione della compresenza di una pluralità di persone in contesti di spazio più o meno circoscritti. Ad avviso della dottrina più accreditata (P. Zanobini,

sicurezza pubblica, organo di consulenza per il coordinamento delle attività delle Forze di polizia (Polizia di Stato, Arma dei Carabinieri, Guardia di Finanza) a cui partecipano, oltre ai responsabili operativi provinciali delle forze di polizia, il Sindaco della città capoluogo di Provincia e il Presidente della Provincia, nonché le autorità a cui, a seconda dei casi, il Prefetto ritiene di allargare il consenso (a quelle sanitarie nel caso di specie)²¹.

Con riguardo alla Prefettura di Caserta, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica ha rappresentato anche la sede in cui il Prefetto, in coordinamento con le autorità di volta in volta interessate, è stato investito in più occasioni²² del ruolo di garante del rispetto delle misure anti-Covid-19, svolgendo il delicato compito, da un lato di assicurare l'esecuzione delle misure di diretta competenza, dall'altro di monitorare l'attuazione delle misure da parte delle amministrazioni competenti, attraverso l'ausilio delle Forze di polizia, con l'eventuale concorso del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, nonché delle Forze armate, in coordinamento con la Presidenza della Regione Campania.

Accanto ai citati compiti, il Governo ha riconosciuto al Prefetto territorialmente competente anche un potere repressivo.

Difatti, il mancato rispetto delle misure anti-contagio da Covid-19, inizialmente inquadrato dal legislatore come reato contravvenzionale, ricon-

Corso di diritto amministrativo, Milano, 1959, p. 75; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 941; P. Landi, voce *Pubblica sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, p. 923) la pubblica sicurezza rappresenta il compito essenziale, primario e di conservazione dello Stato. Essa può identificarsi con quell'attività volta ad evitare e a prevenire i reati, a garantire i diritti degli individui e dello Stato dalle violazioni che possono conseguire ad atti delittuosi, preservando l'ordinamento giuridico e sociale da ogni forma di attentato e assicurando la sicurezza di ciascuno, con la possibilità di un uso della forza legale e dei poteri coercitivi indispensabili al ripristino della legalità pregiudicata.

21 Il prefetto può chiamare a partecipare alle sedute del comitato le autorità locali di pubblica sicurezza e i responsabili delle amministrazioni dello Stato e degli enti locali interessati ai problemi da trattare, nonché, d'intesa con il procuratore della Repubblica competente, componenti dell'ordine giudiziario. Inoltre, tra le altre competenze, il comitato è chiamato, secondo l'art. 143, comma 3, del d.lgs. n. 267/2000, a esprimere parere al prefetto, prima che questi rediga la relazione al Ministero dell'interno con la quale propone lo scioglimento di un consiglio comunale o provinciale oppure degli organi di vertice di altro ente locale, quale un'azienda sanitaria locale, ai sensi degli articoli 143-146 del medesimo decreto legislativo.

22 Si vedano, tra gli altri, gli artt. 3 del d.l. n. 6/2020, 5 del d.P.C.M. 1 marzo 2020, 3 del d.P.C.M. 4 marzo 2020, 4 del d.P.C.M. 8 marzo 2020, 7 del d.P.C.M. 10 aprile 2020, 11 del d.P.C.M. 7 agosto 2020, 11 del d.P.C.M. 13 ottobre 2020, 11 del d.P.C.M. 24 ottobre 2020, 13 del d.P.C.M. 3 novembre 2020, 13 del d.P.C.M. 3 dicembre 2020.

dotto nell'ambito operativo dell'art. 650 c.p., successivamente, a seguito di depenalizzazione intervenuta con il d.l. n. 19/2020, convertito dalla legge n. 35/2020, è oggi configurabile quale illecito amministrativo, sanzionato dal Prefetto territorialmente competente, laddove le misure violate siano di respiro statale.

Il ruolo del Prefetto in situazioni d'emergenza, già delineato dalla normativa ordinaria, è stato ulteriormente ampliato dalla legislazione emergenziale, per il tramite del conferimento di poteri *extra ordinem* di innegabile rilievo.

Si pensi al potere di requisizione in uso o in proprietà, su incarico del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza, di beni mobili ed immobili, di cui all'art. 6 del d.l. n. 18/2020, convertito dalla legge n. 27/2020.

Proprio nell'esercizio del potere sopra delineato, la Prefettura di Caserta ha provveduto, nell'aprile 2020, a requisire in uso un'area antistante l'Ospedale "Sant'Anna e San Sebastiano" di Caserta, allo scopo di consentire la realizzazione di una struttura temporanea in grado di fungere da terapia intensiva. Inoltre, in coordinamento con la Guardia di Finanza e con la Procura della Repubblica di Napoli Nord, la Prefettura ha disposto la requisizione di una quantità considerevole di alcol denaturato, destinandolo al laboratorio del Dipartimento di Farmacia della Università degli Studi di Napoli Federico II per la produzione di soluzione disinfettante.

Oltre ai poteri connessi alla gestione dell'emergenza in senso proprio, la legislazione d'emergenza ha riconosciuto, in capo ai Prefetti, funzioni sorte dall'esigenza di contenimento del contagio. Più precisamente, ai Prefetti è stato riconosciuto il delicato compito di valutare, sulla base delle direttive individuate dagli atti governativi, quali operatori economici dovessero sospendere la propria attività e quali potessero proseguirla.

In particolare, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 marzo u.s., all'art. 1, comma 1, lett. d), ha previsto che gli operatori economici che svolgessero attività funzionali ad assicurare la continuità delle filiere delle attività, il cui codice ATECO fosse espressamente contemplato dal decreto, giacché considerate di primaria necessità, dovessero inviare una comunicazione alla Prefettura territorialmente competente, la quale provvedeva, a seguito di puntuale istruttoria, ad emanare provvedimenti di sospensione nei casi di mancanza dei presupposti per la continuità dell'attività²³.

23 Cfr., la Circolare del Ministero dell'Interno n. 15350/117(2)/Uff III – Prot. Civ. prot. n. 18035 del 23 marzo 2020, avente ad oggetto le "Misure urgenti

L'impianto normativo così approntato ha previsto la presentazione da parte degli operatori economici di una comunicazione, ossia un atto privato al quale corrisponde la facoltà di proseguire, in via automatica, l'esercizio della propria attività commerciale od industriale.

Tuttavia, a tale facoltà fa da contraltare il potere amministrativo – esercitato dal Prefetto territorialmente competente – di inibire la prosecuzione dell'attività, per il tramite di un provvedimento di sospensione, laddove non si tratti di attività funzionali ad assicurare la continuità delle filiere considerate di prima necessità. Appare chiaro che la tempestività dell'istruttoria delle comunicazioni pervenute ha rappresentato un elemento imprescindibile per la garanzia dell'effettività delle misure di prevenzione e di contenimento del contagio.

Presso la Prefettura di Caserta sono pervenute n. 575 comunicazioni in relazione alle quali si è proceduto, nei tempi ristretti dettati dall'emergenza in atto, ad una puntuale istruttoria, in coordinamento con il Comando provinciale della Guardia di Finanza di Caserta e con la Camera di Commercio di Caserta. In alcuni casi, la fase istruttoria si è conclusa con l'adozione di un provvedimento di sospensione delle attività.

A ben vedere, però, i poteri appena delineati non rappresentano gli unici tratti caratterizzanti la figura del Prefetto durante l'emergenza sanitaria. Difatti, la connotazione della Prefettura – Ufficio Territoriale del Governo – quale sede deputata ad assicurare il momento di sintesi della presenza dello Stato sul territorio ha assunto ancor maggior rilievo durante la crisi, in cui la vicinanza dello Stato ai bisogni della comunità è stata imprescindibile.

Proprio in tale contesto, la Prefettura di Caserta ha ritenuto di dover intraprendere specifiche iniziative volte a scongiurare ricadute negative, derivanti dalla situazione emergenziale, anche sul sistema di *governance* migratoria, sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e sugli ospiti dei centri di accoglienza e sugli extracomunitari presenti sul territorio del Comune di Castel Volturno.

In quest'ottica, su richiesta della Prefettura di Caserta, è stata autorizzata dall'Autorità di Gestione del fondo FAMI la richiesta di rimodulazione del progetto *Salute è inclusione*, relativo alla comunità di migranti stanziata nel Comune di Castel Volturno, con cui si è previsto l'impiego delle economie realizzate (€ 12.300,00) per l'acquisto di dispositivi di protezione individuale da destinare agli immigrati regolari.

in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. Divieto di assembramento e spostamenti di persone fisiche. Chiarimenti”.

Sempre con la finalità di apprestare, a favore dei migranti, puntuali misure per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, in sede di Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica è stata assunta l'iniziativa di procedere ad un'attività di *screening* volta ad intercettare eventuali positività da Covid-19 tra gli oltre n. 1000 ospiti dei CAS della provincia; pertanto, sono stati effettuati *test* sierologici e tamponi, all'esito dei quali il numero dei soggetti positivi è risultato molto contenuto, nell'ambito al massimo di qualche decina di persone fra ospiti e operatori.

Particolare attenzione è stata, altresì, rivolta alle situazioni di disagio sorte nel periodo del *lockdown*, strettamente connesse alla forzata permanenza all'interno delle mura domestiche, quale il sorgere o l'acuirsi di violenze sulle donne, vittime dei rispettivi familiari, per le quali la propria abitazione ha rappresentato un luogo di pericolo per la loro incolumità. Il contatto costante con i Centri anti-violenza presenti sul territorio della provincia ha permesso di svolgere un puntuale monitoraggio della situazione e di intervenire, con l'ausilio delle autorità competenti, laddove necessario.

Per ultimo, non va trascurato il quotidiano impegno della Prefettura – Ufficio Territoriale del Governo di Caserta nella risposta ai variegati quesiti dei cittadini, volti a ricevere una corretta interpretazione delle numerose norme emanate nella fase dell'emergenza. In tale attività è emersa proprio la più autentica vocazione delle Prefetture, che è quella di assicurare la presenza dello Stato sul territorio provinciale.

3. *Il graduale venir meno del lockdown: il ruolo del Prefetto nella FASE 2 dell'emergenza*

Superata la prima fase dell'emergenza, in cui tutti gli sforzi sono stati rivolti alla gestione della crisi sanitaria, con la riapertura delle attività commerciali l'operato delle Prefetture si è incentrato, da un lato, sulla primaria esigenza del contenimento del contagio, per il tramite di un puntuale monitoraggio e di un'attenta esecuzione delle misure introdotte dai vari atti governativi e, dall'altro, sul contrasto a forme di illegalità connesse alle difficoltà finanziaria di cittadini e di imprese.

Orbene, a partire dal 4 maggio u.s., una serie di decreti governativi²⁴ hanno previsto la riapertura delle attività produttive, industriali e commerciali, sempre nel rispetto delle misure di prevenzione e di contenimento

24 Cfr. d.P.C.M. 26 aprile 2020, d.P.C.M. 17 maggio 2020.

del contagio, precipuamente individuate dai vari Protocolli²⁵ condivisi di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19. Difatti, la situazione economica successiva al *lockdown* e alle altre misure introdotte al fine di scongiurare il diffondersi della malattia da Covid-19 ha richiesto una riapertura, seppur in sicurezza, delle attività. Tale esigenza, tuttavia, è stata temperata con la necessità di tutela della salute, in primis dei lavoratori.

In proposito, il d.P.C.M. del 26 aprile 2020 recepisce alcune indicazioni inizialmente adottate in via di prassi²⁶, precisando i soggetti istituzionali di cui può avvalersi il Prefetto ai fini della verifica sul rispetto delle misure anti-contagio nei luoghi di lavoro (art. 9).

Inoltre, la legge 22 maggio 2020 n. 35, di conversione del d.l. n. 19/2020, in materia di vigilanza sui luoghi di lavoro, prevede espressamente che il Prefetto “assicura” l’esecuzione delle misure di contenimento avvalendosi anche del personale ispettivo delle aziende sanitarie locali²⁷.

Al riguardo, relativamente alla Prefettura di Caserta, in primo luogo si è proceduto, in sede di Comitato Provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, al coordinamento dell’attività di verifica nei confronti delle imprese da parte delle Forze dell’ordine, dell’Asl e dell’Ispettorato territoriale del Lavoro di Caserta. In particolar modo, l’ASL ha effettuato, nel corso degli ultimi mesi, numerose verifiche, consentendo in tal modo un costante presidio a tutela dei lavoratori.

La crisi sanitaria ha rappresentato anche una crisi economica di portata notevole, che ha richiesto un’attività di contrasto a livello centrale, tramite lo stanziamento di risorse e di aiuti di natura assistenziale, oltre che, a livello locale, per il tramite di un’attività coordinata volta al contrasto

25 Si vedano gli alleganti nn. 12, 13 e 14 al d.P.C.M. 17 maggio 2020.

26 In tema, le Circolari del Ministero dell’Interno n. 15350/117/(2)/Uff III – Prot. Civ. prot. n. 20172 del 31 marzo e prot. n. 24542 del 14 aprile 2020. Secondo quest’ultima, in particolare, i Prefetti “*potranno avvalersi della collaborazione dei competenti servizi delle Aziende Sanitarie Locali e delle articolazioni territoriali dell’ispettorato Nazionale del Lavoro ai fini del controllo sulle modalità di attuazione, da parte dei datori di lavoro, delle procedure organizzative e gestionali oggetto del Protocollo siglato tra il Governo e le parti sociali il 14 marzo 2020 e, più in generale, sull’osservanza delle precauzioni dettate per la messa in sicurezza dei luoghi di lavoro dal rischio di contagio*”.

27 A tal riguardo, si era già espresso il Ministero dell’Interno con Circolare n. 15350/117(2)/Uff III- Prot. Civ. prot. n. 29415 del 2 maggio 2020, avente ad oggetto le “*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull’intero territorio nazionale*”.

di fenomeni criminosi che sfruttano le difficoltà finanziarie dei cittadini e delle imprese.

Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, in data 10 aprile u.s., il Ministero dell'Interno ha provveduto a diramare a tutte le Prefetture – Uffici Territoriali del Governo una direttiva con cui si è evidenziata la necessità di prestare attenzione a fenomeni di disagio sociale diffusi su tutto il territorio nazionale a seguito della crisi sanitaria, a seguito della quale è purtroppo successivamente insorta anche una fase di crisi economica. La disposizione ha sottolineato l'esigenza di monitorare le varie forme di disagio sociale che, all'interno del territorio delle singole province, tenuto conto delle peculiarità economico-sociali, si sono manifestate o che avrebbero potuto aver luogo. Le problematiche su cui incentrare l'attenzione sono state individuate, tra le altre, nel fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata nel tessuto economico sano, in forme alternative all'accesso al credito legale e, in particolare, nel fenomeno dell'usura²⁸, nel pericolo di inquinamento delle procedure di appalto pubblico e nelle relative esecuzioni.

Con riguardo al territorio della provincia, in materia di antiracket e antiusura, come da indicazione del competente Commissario straordinario del Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket ed antiusura, la Prefettura di Caserta ha dato impulso alla definizione delle istanze di accesso al Fondo per il conseguimento di benefici spettanti alle vittime delle richieste estorsive e dell'usura, trasmettendo gli esiti delle istruttorie in corso e convocando il Nucleo di valutazione per una sollecita quantificazione delle somme relative alle istanze in corso ai fini delle conseguenti e successive determinazioni degli organi centrali.

Inoltre, in merito al punto della direttiva in cui si richiama l'attenzione sull'esigenza di tutelare l'accesso al credito legale da parte degli operatori economici dal rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata, fra le varie conseguenti iniziative assunte dalla Prefettura di Caserta, è stata rivolta una particolare attenzione al fenomeno dell'usura.

28 Per gli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice penale, F. Florian, *Il delitto dell'usura. Nota economico-giuridica*, in *Giur. It.*, 1935, IV, pp. 94 ss. La tesi è stata recentemente ripresa, seppur con adattamenti, da: M. Cerase, *L'usura riformata: primi approcci a una fattispecie nuova nella struttura e nell'oggetto di tutela*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2613; M. Zanchetti, *Cronaca di un reato mai nato: costruzione e decostruzione normativa della fattispecie di "usura sopravvenuta"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 565. Per le osservazioni di carattere storico si veda S. Prosdocimi, *Aspetti e prospettive della disciplina penale dell'usura*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 576.

Nella provincia di Caserta, infatti, pur annoverandosi la presenza, purtroppo radicata nel tempo, di clan camorristici anche notevolmente strutturati, il fenomeno dell'usura non è mai emerso con il dovuto rilievo. Cionondimeno, non può non ipotizzarsi che il fenomeno sia molto più diffuso di quanto non appaia. La situazione è stata analizzata e approfondita in sede di Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica al quale sono stati chiamati a partecipare, oltre ai membri di diritto (Questore, Comandante provinciale Carabinieri, Comandante provinciale Guardia di Finanza, Sindaco di Caserta, Presidente della Provincia), anche il Presidente della locale Camera di Commercio e i rappresentanti di tutte le associazioni di categoria (industriali, artigiani, commercianti, agricoltori, cooperative).

In questa sede è emersa l'esigenza, condivisa dalla totalità delle associazioni di categoria, di rendere quanto più agevole possibile il ricorso al credito, in quanto, considerata la sospensione di quasi tutte le attività economiche a causa dell'emergenza Covid-19, il disagio che investe ampi settori della popolazione potrebbe non trovare soddisfacimento nell'ordinario ricorso alle legittime linee di credito e sospingere alcuni in un'area di illegalità dove l'usura trova inevitabilmente facile diffusione.

Pertanto, la Prefettura di Caserta, nello svolgimento del proprio compito di rappresentanza del Governo sul territorio provinciale, ha invitato la Banca d'Italia a riservare, nell'ambito delle proprie competenze in materia di vigilanza bancaria, ogni possibile attenzione alla circostanza che le prassi seguite dai vari istituti nel territorio possano essere efficacemente rivolte, direttamente e indirettamente, al contrasto dell'usura e degli eventuali tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nel settore creditizio.

Allo stesso modo, si è proceduto a richiedere all'ABI (Associazione Bancaria Italiana) una specifica sensibilizzazione degli Istituti di credito operanti sul territorio affinché evitassero, nei limiti del consentito, eccessivi appesantimenti burocratici e procedurali nelle istruttorie per la concessione di mutui e piccoli prestiti, prestando, nel contempo, la massima attenzione nel segnalare agli organi competenti eventuali anomalie riconducibili al rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata nel circuito creditizi.

In tema, si segnala altresì la nascita di un osservatorio regionale sui fenomeni criminali, prevalentemente legati al racket e all'usura, promosso da SOS IMPRESA-Rete per la legalità, a cui aderisce l'Ambulatorio anti-racket e antiusura di Terra di Lavoro con sede in questa provincia, che ha messo a disposizione un proprio numero verde per raccogliere segnalazioni da inoltrare agli organismi competenti.

Inoltre, sempre in tale ottica, la Prefettura di Caserta ha assunto l'iniziativa dell'istituzione del Tavolo per lo sviluppo, sede di condivisione di idee

e di coordinamento di azioni volte, da un lato, al contrasto del fenomeno dell'usura e del rischio di infiltrazioni criminali nel mercato del credito legale, dall'altro ad un'attività di impulso alla ripresa economica.

Infine, va ricordato che al Prefetto spetta, sulla base della normativa ordinaria, un importante ruolo di mediazione, raffreddamento e stimolo nella composizione dei conflitti fra le diverse categorie sociali e produttive delle comunità territoriali (imprese, sindacati, associazioni di categoria), sempre nell'ottica di promuovere un processo equo e virtuoso di sviluppo economico.

In particolare, il compito ha assunto pregnante rilievo in considerazione della maggiore attenzione riconosciuta dal Governo nei confronti dei lavoratori, possibili vittime incolpevoli della crisi economica.

Proprio a tal riguardo, la normativa d'emergenza²⁹ ha sospeso la facoltà dei datori di lavoro di procedere a licenziamenti.

La Prefettura di Caserta, inoltre, è stata chiamata a svolgere un'opera di mediazione anche con l'importante multinazionale Whirlpool, con stabilimento in provincia di Caserta, svolgente attività di produzione di componenti elettrici e circuiti elettrici: i propri dipendenti lamentavano l'illegittimità dell'avviso ricevuto in merito ad una procedura di collocazione in esubero, in violazione del sopramenzionato divieto di licenziamenti. La questione, attraverso la mediazione della Prefettura, è stata poi oggetto di un apposito Tavolo, istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali.

4. La figura del Prefetto e l'attività di contenimento del rischio di riaccutizzazione dell'emergenza. Uno sguardo ai prossimi mesi

Il superamento della fase acuta dell'emergenza ha comportato, tuttavia, il permanere del pericolo di una seconda acutizzazione della crisi sanitaria, che si è effettivamente concretizzato nel mese di ottobre 2020.

Pertanto, da allora, le autorità sanitarie e ogni altra autorità coinvolta nella gestione dell'emergenza hanno dovuto fronteggiare gli elevanti numeri della crisi sanitaria e il sorgere di "focolai", cioè aree con un'elevata concentrazione di casi di positività al *virus* rispetto alla media nazionale. In tali situazioni, la tempestività nel mettere in atto le azioni necessarie si è rivelata l'unica via per tentare il contenimento del contagio.

29 Cfr. art. 46 d.l. n. 18/2020, (cd. "Decreto Cura Italia"), convertito dalla legge n. 27/2020; cfr., altresì, art. 80 d.l. n. 34/2020 (cd. "Decreto Rilancio"), convertito dalla legge n. 77/2020; cfr., infine, l'art. 14 d.l. n. 104/2020 (cd. "Decreto Agosto"), convertito dalla legge n. 126/2020

La provincia di Caserta è stata interessata, dunque, dalla presenza di un numero consistente di soggetti positivi al virus e da un'elevata concentrazione di contagi in alcuni territori comunali della provincia (in ordine cronologico Letino, Mondragone, Marcianise ed Orta di Atella). Proprio in relazione a questi territori, al fine di arginare il propagarsi della pandemia all'interno dell'area di volta in volta interessata, la Giunta regionale della Campania, con apposite ordinanze³⁰, frutto anche delle intese a cui si è addivenuti in sede di Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza Pubblica, convocato dalla Prefettura di Caserta, ha predisposto l'istituzione di cd. "zone rosse", con la conseguente misura obbligatoria dell'isolamento fiduciario per tutti i residenti nelle aree individuate, costituendo un prefisso fisso delle Forze dell'ordine, coadiuvate da forze dell'Esercito.

In conclusione, in prospettiva futura, la persistente presenza e il recente aumento di casi di Covid-19 che, a macchia di leopardo, si diffondono sul territorio nazionale hanno determinato le ultime deliberazioni governative di proroga dello stato d'emergenza e i conseguenti provvedimenti con i quali sono state introdotte nuove misure per la prevenzione e il contenimento del contagio. In tale ambito, il connubio tra normativa nazionale e normativa d'emergenza, riconoscendo un ruolo fondamentale e rilevanti poteri e compiti al Prefetto, ha permesso il sorgere di procedure, metodi e prassi che costituiscono un irrinunciabile *know how* da applicare ogniqualvolta le circostanze lo rendano necessario e, a maggior ragione, nella fase tuttora perdurante di emergenza epidemiologica.

30 Cfr. Giunta della Regione Campania, ordinanza n. 47 del 16/05/2020 per il Comune di Letino; ordinanze n. 57 del 22 giugno 2020 e n. 58 del 30 giugno 2020 per il Comune di Mondragone; ordinanze n. 84 del 25 ottobre 2020 e n. 88 del 04 novembre 2020 per i Comuni di Marcianise ed Orta di Atella.

RAFFAELE MANFRELLOTTI

ORDINANZE DI URGENZA E “DELEGIFICAZIONE DELL’EMERGENZA” TRA LIVELLO STATALE E LIVELLO REGIONALE

1. *La disciplina dello “stato d’assedio” tra tipicità costituzionale e delegificazione dell’emergenza*

Uno dei problemi più spinosi sui quali è, da sempre, chiamata a confrontarsi la dottrina della Costituzione è quello della gestione dell’emergenza: ossia, la questione del grado di derogabilità dell’ordine pubblico costituzionale di fronte ad una minaccia capace di comprometterne la stessa sopravvivenza. La difficoltà della tematica riposa sull’esigenza di conciliare le opposte esigenze di garantire la sopravvivenza dell’ordinamento giuridico anche al prezzo di accettarne una sospensione temporanea (*salus rei publicae suprema lex*) e, all’opposto, di assicurare il rispetto della legalità costituzionale anche quando inadeguata a fronteggiare una minaccia straordinaria, impreveduta ed imprevedibile (*fiat justitia, pereat mundus*).

In verità, il problema sembra abbia perso, sul piano del diritto positivo, gran parte della sua freschezza già con l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che operando una mirabile sintesi tra le opposte esigenze di cui si è detto ha previsto uno strumento atipico nei contenuti, tale dunque da modellarsi efficacemente a seconda dell’emergenza da fronteggiare, ma circondandolo di una serie di garanzie tese a ricondurre la decisione sull’emergenza ai meccanismi della partecipazione democratica e della responsabilità politica: ci si riferisce, ovviamente, al decreto legge. Tuttavia, l’art. 77 è tra le più infelici disposizioni costituzionali, perché è stato utilizzato, in tempi normali, con una disinvoltura ai limiti dell’abuso (più volte censurato anche dalla giurisprudenza costituzionale) salvo poi, in tempo di crisi, finire completamente negletto al punto da lasciargli, nella disciplina dell’emergenza, un ruolo assolutamente marginale.

Chi scrive intende sostenere, in queste pagine, una tesi senz’altro radicale e certamente isolata, ma che aderisce al dato positivo senza determinare pericolose alterazioni del rapporto di necessaria subordinazione tra la forza

normativa dei fatti e le prescrizioni giuridiche: ossia, che l'ordinamento costituzionale del 1948 non ammette fonti diverse dalla decretazione d'urgenza nella disciplina dello stato d'eccezione o, secondo una terminologia un tempo diffusa, dello stato d'assedio.

Con l'espressione "stato d'assedio" si definisce una garanzia costituzionale atipica che, come detto, si connette alla stessa sopravvivenza dell'ordine costituzionale; e, in ragione di tale finalità, la dottrina tende generalmente a valutarne i confini ed i limiti in maniera particolarmente blanda. Si ritiene che nello stato di assedio la volontà politica possa manifestarsi nella sua forma assoluta e libera dai confini tracciati dalla Costituzione, ove necessario per fronteggiare l'emergenza¹, recuperando in tale maniera una manifestazione di potere sovrano in senso soggettivo: il sovrano acquisisce il potere di decidere, indipendentemente dal diritto positivo, sullo stato di eccezione². Si tratta, come appare evidente, di una situazione di grave tensione per l'ordinamento giuridico, che per sopravvivere si autosospende; sicché, il primo e più grande problema che pone la disciplina costituzionale dello stato d'assedio è l'ammissibilità di una tale situazione derogatoria all'ordine costituzionale.

La più nota giustificazione dello stato d'assedio quale alterazione non disciplinata dal diritto del normale assetto delle funzioni costituzionali ne rinviene la fonte nella necessità: quest'ultima, intesa come stato di fatto che instaura *ad origine* un determinato ordinamento, interverrebbe altresì ove ciò si rendesse necessario per la sua conservazione. In entrambi i casi, sarebbe la pura fattualità derivante dalla necessità di costituire, e preservare, l'ordinamento che ne consentirebbe la temporanea sospensione³. La contraddizione logica di questa dottrina risiede nella circostanza che essa ipotizza che la necessità, quale fonte primigenia e originante l'ordinamento, permarrrebbe anche dopo la sua instaurazione: il che equivale ad ammettere l'esistenza di una fonte del diritto posta al di fuori dell'ordinamento giuridico, il quale non può contemplare la propria origine e attribuire giuridicità al mero fatto (lo stato di necessità) che ne ha determinato la creazione⁴. Tutte le fonti del diritto di un ordinamento debbono trovare in

1 P. G. Grasso, *I problemi giuridici dello "stato d'assedio" nell'ordinamento italiano*, Pavia, 1959, pp. 191 ss.

2 O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig, 1895, p. 12; C. Schmitt, *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, tr. it., Bologna, 1972, pp. 33 ss.

3 R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1923, pp. 330 ss.; ma nella dottrina italiana il riferimento più conosciuto è a S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1990, pp. 362 ss.

4 T. Perassi, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, pp. 200 ss.

questo il loro riconoscimento e la loro disciplina, se si intende conservare la necessaria unitarietà del fenomeno: un ordinamento che rinuncia alla previsione delle sue fonti, sia pure attraverso il mero rinvio a ordinamenti diversi, è una contraddizione logica. Ne consegue che lo stato di necessità ha rilevanza giuridica se ed in quanto contemplato da una norma dell’ordinamento che ponga una disciplina eccezionale e derogatoria all’ordinamento stesso. Il necessario corollario è che anche lo stato di assedio deve essere oggetto di espressa previsione costituzionale che ne contempli le condizioni, le forme ed i limiti, particolarmente in un ordinamento costituzionale rigido in cui l’esigenza di limitare l’esplicazione dell’indirizzo politico è particolarmente avvertita.

Questa conclusione esclude che la legge ordinaria possa prevedere fonti concorrenziali dell’emergenza che si affianchino a quelle già previste dalla Costituzione e, in qualche misura, le sostituiscano. Il problema si pone per le c.d. ordinanze di necessità, disciplinate da numerose disposizioni di legge tra cui, ai fini del presente lavoro, l’art. 32, co. III della l. n. 833/1978 e l’art. 25 del d. lgs. n. 1/2018. Non sembra che la legge ordinaria possa prevedere atti sostanzialmente atipici suscettibili di sospendere le posizioni soggettive giuridicamente tutelate, al di fuori dei limiti formali e sostanziali stabiliti dalle singole disposizioni costituzionali per ciascuna di esse.

Non può ritenersi all’uopo sufficiente il richiamo allo stato di necessità quale fonte extrasistemica di diritto obiettivo, argomento per il quale valgono le obiezioni già avanzate con in più l’aggravante che nell’ordinamento contemporaneo lo stato di necessità riceve una regolazione esplicita nella citata norma costituzionale, differente dal regime formale e sostanziale che la legge pretenderebbe di dare alle ordinanze di necessità: non possono esservi provvedimenti normativi di urgenza al di fuori di una previsione costituzionale, né la giustificazione della loro legittimità potrebbe farsi discendere dal dato meramente empirico dell’atteggiamento ad essi non ostile del Parlamento e della magistratura⁵. Una più recente dottrina ha tentato di giustificare il fenomeno sul piano del diritto positivo, rinvenendone il fondamento costituzionale implicito nella stessa norma costituzionale oggetto di attuazione mediante l’ordinanza⁶. Tale tentativo ha senz’altro il

5 F. Cammeo, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, pp. 198 ss.; R. Thoma, *Der Vorbehalt der legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtssprechung*, in G. Antschütz, R. Thoma (a cura di), *Handbuch des Deutschen Staatsrecht*, II, Tübingen, 1930, pp. 221 ss.

6 A. Cardone, *La “normalizzazione” dell’emergenza*, Torino 2011, pp. 381 ss.

pregio di ricondurre il ragionamento sulla problematica nell'alveo della metodologia giuridica, ma giunge a conclusioni non condivisibili: innanzi tutto, la concezione di una potestà implicita svuota di contenuto il principio di legalità costituzionale, che richiederebbe al contrario una disciplina espressa e dettagliata di una siffatta funzione derogatoria. Per altro verso, si introdurrebbe un'inaccettabile gerarchia tra le norme costituzionali, rimessa peraltro alla volontà politica che potrebbe scegliere di privilegiarne talune rispetto ad altre, derogate dal potere di ordinanza.

Tale potere non sembra, dunque, trovare fondamento nella Carta; l'unico atto che essa prevede per fronteggiare l'emergenza è, come si è detto, il decreto legge.

Questa conclusione non è contraddetta ma, in qualche misura, confermata dalla giurisprudenza che ha ritenuto conforme a Costituzione il potere di ordinanza affermando la natura amministrativa dei relativi atti, e sottoponendoli, dunque, ai medesimi limiti degli atti della pubblica amministrazione⁷. Ne consegue che le ordinanze di necessità non possono derogare a norme di legge (e, segnatamente, alle norme di legge disciplinanti le posizioni soggettive giuridicamente tutelate), se non espressamente autorizzate in relazione alle singole deroghe da una legge o da un atto equiparato e previa delimitazione, da parte della legge medesima, dei principi volti a circoscrivere la discrezionalità dell'amministrazione. Tale conclusione è corroborata da una successiva pronunzia⁸ che ha espressamente subordinato la legittimità delle ordinanze al rispetto dei "principi dell'ordinamento giuridico": tale dovendo qualificarsi, a nostro avviso⁹ senza particolari dubbi, il necessario rispetto della legge da parte degli atti della pubblica amministrazione e, per conseguenza, l'inderogabilità di disposizioni legislative in assenza di una puntuale ed espressa autorizzazione in tal senso.

In buona sostanza, il modello ritenuto dalla Corte coerente con la Carta costituzionale richiama lo schema della delegificazione di cui all'art. 17, co. II l. n. 400/1988, rimettendo dunque l'efficacia sospensiva o derogatoria dell'ordinanza su disposizioni di legge preesistenti disciplinanti diritti della persona alla specifica e puntuale previsione in tal senso da parte della base giuridica legislativa dell'ordinanza medesima. La questione della legittimità delle ordinanze va dunque affrontata, volta per volta, in relazione alle singole previsioni legislative, al fine di verificare che il fenomeno della

7 Corte cost., sent. n. 8 del 1956.

8 Corte cost., sent. n. 26 del 1961.

9 Si vedrà nel prosieguo, tuttavia, come tale opinione son sembri condivisa dalla giurisprudenza costituzionale.

delegificazione della disciplina dello stato di assedio sia contenuto nei propri argini costituzionali.

Ai fini del presente lavoro, l'esame deve dunque indirizzarsi al citato art. 32, co. III della l. n. 833/1978, al Codice della protezione civile e alle norme contenute nella decretazione legislativa avvicendatasi nel corso del 2020 che hanno autorizzato l'emanazione di ordinanze.

2. I limiti alla discrezionalità amministrativa nelle basi giuridiche delle ordinanze

L'esame delle basi giuridiche delle ordinanze contingibili adottate nel corso dell'emergenza pandemica appare alquanto deludente nella prospettiva della limitazione legislativa della discrezionalità amministrativa.

Sul piano generale, l'art. 32 della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale si limita all'autorizzazione formale del relativo potere, con ciò lasciandolo sostanzialmente libero nelle sue finalità. La norma si limita a circoscrivere le materie in cui possono intervenire le ordinanze (igiene, sanità e polizia veterinaria) e l'ambito territoriale della loro efficacia (nazionale per le ordinanze ministeriali di cui al primo comma, regionali per le ordinanze adottate dalla Giunta ai sensi del terzo comma); ma il contenuto di tali ordinanze e, segnatamente, l'individuazione delle disposizioni di legge oggetto di un'eventuale deroga per ragioni emergenziali è rimessa all'arbitrio dell'autorità che adotta l'ordinanza.

Nella prospettiva adottata, altrettanto controversa, sul piano della legittimità costituzionale, è la disciplina ricavabile dal combinato disposto degli artt. 24 e 25 del d. lgs. n. 1/2018 (Codice della protezione civile), che ha costituito il fondamento di un primo filone di interventi¹⁰ tesi a fronteggiare l'emergenza pandemica a partire dalla “*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*” del 31 gennaio 2020. Anche in questo caso il parametro legislativo si limita a prevedere il necessario rispetto, da parte del potere di ordinanza, dei “principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea”, ripetendo pedissequamente la formula già fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale ma senza chiarire, in concreto, quali debbano comprendersi tra i

10 Sulla necessità di ricondurre gli interventi emergenziali tesi a fronteggiare l'emergenza pandemica a due distinti modelli R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta on line*, 3/2020, pp. 519 ss.

principi generali dell'ordinamento inderogabili dalle ordinanze. In questa prospettiva, appare senz'altro discutibile la scelta legislativa che, mentre statuisce l'inderogabilità dei soli "principi generali dell'ordinamento", vincola, per altro verso, le ordinanze al rispetto di tutte le "norme dell'Unione Europea", indipendentemente dal loro grado di astrattezza e dalla stessa rilevanza all'interno del sistema giuridico dell'Unione¹¹.

Sotto altro profilo, la disciplina in esame appare di dubbia coerenza con l'impianto costituzionale nella parte in cui rimette alle singole ordinanze l'individuazione delle "principali norme a cui si intende derogare" (art. 25, co. I d. lgs. n. 1/2018). Innanzi tutto, sembra difficilmente compatibile con i principi generali dell'ordinamento, che del potere di ordinanza dovrebbero costituire un limite, la possibilità di un atto amministrativo di derogare *ad libitum* a disposizioni di legge, con il solo vincolo dell'espressa indicazione delle "principali norme" a cui si intende derogare. La legittimità della previsione è resa ancora più dubbia dalla poco felice formula utilizzata, che nel prevedere l'individuazione delle "principali norme" oggetto dell'eventuale deroga sembra consentire la possibilità di una deroga tacita a norme di legge non ritenute "principali"; affidando, in tal guisa, all'arbitrio dell'amministrazione la distinzione tra le norme "principali" per cui è necessaria la deroga testuale da parte dell'ordinanza e le "altre" norme.

A parte il ricorso alla disciplina del Codice della protezione civile, come è noto gran parte della normativa tesa a fronteggiare l'emergenza pandemica ha la sua fonte nella decretazione di urgenza che, a partire dal decreto n. 6/2020 e dal successivo decreto n. 19/2020, si è arricchita di nuovi provvedimenti nel corso dei mesi. L'elemento di maggiore interesse, nella specifica prospettiva del presente lavoro, è la circostanza che tale normativa (e, in particolare, i due atti citati) si limitano ad una cornice di massima all'interno della quale la concreta specificazione delle misure da adottare è rimessa ad atti amministrativi generali (Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o decreti ministeriali). La dottrina¹² ha inquadrato questa tecnica normativa in una sorta di "delega" dal decreto legge agli atti amministrativi autorizzati. In realtà, come accennato, il fenomeno presenta assai più similitudini con l'istituto della delegificazione, seppur con talune peculiarità: in primo luogo, la natura non regolamentare degli atti autorizzati (in larga misura sottratti alle garanzie procedurali stabilite per i regolamenti), poi la particolare astrattezza (ai limiti dell'evanescenza) delle basi giuridiche

11 Per cui, a ragionare sulla base della formula testuale della disposizione, sarebbe inderogabile anche la più tecnica delle norme poste da un regolamento esecutivo adottato dalla Commissione, sulla sola base della sua natura di norma europea.

12 R. Romboli, *L'incidenza*, cit., p. 522.

legislative, inidonee a circoscrivere efficacemente la discrezionalità amministrativa, e, infine, la rimessione pressoché totale agli atti autorizzati delle disposizioni di legge da sospendere o da derogare, con la conseguenziale incidenza, facilmente intuibile, sui diritti della persona. E se è vero che si è fortunatamente lontani da derive autoritarie giustificate dall’emergenza¹³, è altrettanto vero, ad avviso di chi scrive, che vi è una qualche sofferenza delle procedure di legittimazione democratica dovuta, in primo luogo, alla svalutazione del ruolo delle Assemblee rappresentative, prive di un reale controllo, sia pure *ex post*, sul merito delle singole misure.

3. *Le competenze regionali nella disciplina dell’emergenza pandemica*

La disciplina dell’emergenza ha coinvolto, come accennato, anche le singole Regioni, nell’ambito delle rispettive competenze.

Una prima questione concerne l’individuazione della fonte regionale all’uopo deputata. La prassi è pacificamente orientata nel senso del riconoscimento alle Regioni di poteri di ordinanza risultanti dalla previsione generale di cui all’art. 32 l. n. 833/1978 e all’art. 25, co. XI d. lgs. n. 1/2018, ulteriormente specificati, in riferimento alla pandemia di Covid-19, dall’art. 3 del d.l. n. 6/2020 poi sostituito dall’art. 3 del d.l. n. 19/2020. Tuttavia, la problematica meriterebbe, forse, qualche riflessione più approfondita.

Come è noto, il riferimento agli “atti aventi forza di legge ... delle Regioni” da parte dell’art. 134 Cost. ha posto, in passato, il dubbio sull’ammissibilità di atti della Giunta regionale aventi forza di legge: ossia, di decreti legge (e decreti legislativi regionali) sul modello degli analoghi atti disciplinati dagli artt. 76 e 77 Cost. L’ampia autonomia lasciata agli statuti regionali nella divisione delle funzioni tra gli organi della Regione, unitamente alla considerazione che, se non si ammettessero quanto meno decreti legge regionali, nelle materie di competenza regionale non vi sarebbe possibilità di intervenire in via d’urgenza (in ragione dell’incompetenza, ai sensi dell’art. 117 Cost., della legge statale di conversione e, dunque, del decreto legge), dovrebbe superare l’iniziale orientamento restrittivo della Corte costituzionale¹⁴ e far propendere per la soluzione positiva. L’argomento, tradizionalmente opposto, della chiusura del sistema al livello delle fonti legislative prova troppo, poiché la stessa Costituzione legittima lo sta-

13 M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 139 ss.

14 Sent. n. 221 del 1992.

tuto a disegnare i confini delle funzioni di competenza regionale e, dunque, anche a delimitare le eccezioni alla regola dell'attribuzione della funzione legislativa al Consiglio regionale (art. 121 Cost.). La giurisprudenza successiva alla riforma del 1999 non offre alcuna esplicita presa di posizione sulla problematica; appare, tuttavia, significativo che nel caso deciso con sent. n. 361 del 2010, oggetto delle censure del Governo avverso la promulgazione di un atto regionale con forza di legge non era l'illegittimità *in radice* dell'attribuzione alla Giunta di funzioni legislative, ma la circostanza che, nel caso di specie, l'atto non avesse seguito il procedimento di formazione previsto dallo statuto e fosse intervenuto in una materia di competenza statale.

Ne consegue che, nel sistema costituzionale vigente, è ipotizzabile che le Regioni possano adottare decreti legge in casi straordinari di necessità ed urgenza nelle materie di loro competenza, purché tale funzione sia espressamente prevista e disciplinata dallo statuto regionale. La questione è meramente accademica, perché non risulta l'adozione da parte di una Regione di un atto con forza di legge al di fuori della vicenda decisa con la citata sent. n. 361 del 2010 della Corte costituzionale; sicché, gli unici provvedimenti regionali adottati per fronteggiare l'emergenza sanitaria sono stati le ordinanze previste dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale e dal Codice della protezione civile.

Il regime giuridico di questi atti, quale desumibile dagli orientamenti della giurisprudenza e dall'evoluzione normativa, appare quanto mai curioso. Preliminarmente, occorre ribadire che, sul piano ontologico, si tratta di provvedimenti amministrativi; e tuttavia, tali provvedimenti possono derogare *“alle disposizioni vigenti, secondo le prescrizioni di volta in volta stabilite dalle ordinanze di protezione civile, nei limiti e con le modalità indicate dallo stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in ragione di quanto previsto dall'abrogato art. 5 della legge n. 225 del 1992 e attualmente dall'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018”*¹⁵. Dunque: le ordinanze regionali possono sospendere o derogare a disposizioni di legge, purché tale possibilità sia prevista dalle ordinanze di protezione civile statali e dalla delibera dello stato di emergenza adottata ai sensi dell'art. 24 d. lgs. n. 1/2018, e nel rispetto dei “principi generali dell'ordinamento giuridico” tra i quali, evidentemente, ad avviso della Corte costituzionale non deve essere compreso il principio di legalità degli atti della pubblica amministrazione.

15 Corte cost., sent. n. 44 del 2019.

La disciplina sommariamente riassunta appare ancora una volta riconducibile al modello della delegificazione, nel quale l’entrata in vigore dell’ordinanza regionale determina un effetto sospensivo-derogatorio sulla disciplina legislativa statale, ma con una peculiarità: tale effetto non è in nessun modo riconducibile ad un’autorizzazione legislativa, bensì trova il proprio fondamento nelle ordinanze di protezione civile e nella delibera dello stato di necessità: ossia, se non si va errati, in atti amministrativi (sia pure qualificabili forse atti di “alta amministrazione”). In buona sostanza, la legge fonda il potere di ordinanza, rimettendo ad atti amministrativi statali tanto la determinazione delle norme generali a cui devono attenersi i provvedimenti regionali d’urgenza quanto le modalità attraverso le quali la deroga delle norme di legge vigenti può essere disposta. Appare, francamente, arduo ipotizzare che tra tali leggi e le ordinanze d’urgenza (statali e regionali) possa configurarsi un rapporto di gerarchia, ma l’approfondimento di tale spunto di riflessione richiederebbe uno sforzo ricostruttivo che esulerebbe troppo dalla prospettiva di queste pagine.

Se le ordinanze regionali possono derogare, nei termini di cui si è detto, alle norme legislative anche statali, esse sono, tuttavia, tenute al rispetto delle previsioni contenute dalle ordinanze di protezione civile adottate dallo Stato stesso. Tale conclusione, affermata in dottrina sulla base del rilievo peculiare delle funzioni unitarie in materia di protezione civile¹⁶, trova un’espressa previsione nella normativa d’urgenza adottata nel corso del 2020 in occasione dell’emergenza pandemica. In particolare, l’art. 6 del d.l. n. 19/2020 ha consentito l’adozione di ordinanze regionali solo “nelle more” dell’emanazione dei D.P.C.M. previsti dall’art. 2 del decreto, salva l’ipotesi di aggravamento dell’emergenza sul territorio nazionale e con l’esclusione della possibilità di incidere sulle attività produttive o sulle attività di rilevanza strategica per l’economia nazionale. Con una scelta che ha suscitato non peregrini dubbi di legittimità¹⁷, l’art. 2, co. III del citato decreto ha, tuttavia, fatto salvi gli effetti delle ordinanze regionali adottate precedentemente all’entrata in vigore del decreto stesso, quando anche esorbitanti i limiti di cui all’art. 3. Nella prassi, la disinvoltura con la quale alcune Regioni hanno fatto uso del potere di ordinanza ha determinato delle tensioni, se non delle vere e proprie contrapposizioni, con il livello statale, che talvolta hanno avuto un esito giudiziario¹⁸.

16 M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., pp. 131 ss.

17 M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., p. 135.

18 R. Romboli, *L’incidenza*, cit., p. 535.

4. Considerazioni conclusive

Se la Costituzione è la forma giuridica della limitazione del potere pubblico¹⁹, è necessario che ogni manifestazione di questo debba trovare in quella fondamento e limite. Tale conclusione deve, ovviamente, valere anche per le manifestazioni di autorità pubblica destinate alla gestione dello stato d'assedio, a meno di non voler sostenere che tale situazione di fatto determina la sospensione, totale o parziale, dell'ordine costituzionale e delle relative garanzie.

Nel corso dell'emergenza legata alla pandemia, sembra a chi scrive che la risposta ai pur gravissimi problemi legati al dilagare del contagio sia stata, in larga misura, cercata al di fuori degli strumenti previsti dalla Costituzione. La specificazione della disciplina emergenziale è stata affidata ad atti formalmente amministrativi le cui basi giuridiche legislative si sono limitate alla previsione nominale dell'atto e alla definizione della sua sfera di competenza, rimettendo completamente all'atto medesimo qualsivoglia scelta in ordine alle misure da adottare anche in deroga alla normativa vigente. Il risultato è stato la nascita di un "ordinamento dell'emergenza" composto, in massima parte, da norme di natura non legislativa, poste da fonti *ad hoc* statali e regionali secondo un criterio di competenza solo in parte coincidente con quello di cui all'art. 117 Cost.²⁰ e suscettibile di derogare all'ordinamento vigente, anche in rapporto alle norme sui diritti della persona²¹.

Certamente, l'esperienza costituzionale ha conosciuto diverse ipotesi di deroghe di fatto dell'ordine costituzionale, che hanno portato alla sostanziale disapplicazione di disposizioni della Carta senza che gli organi di garanzia abbiano fatto nulla per censurare tali illegittimità: si pensi all'ammissione pretoria di contratti collettivi con efficacia sostanzialmente *erga omnes* stipulati da sindacati non registrati, in spregio all'art. 39 Cost., e all'impiego delle nostre Forze Armate in missioni militari all'estero indipendentemente dalle procedure *ex art.* 78 Cost. (nonché, forse, anche delle condizioni di impiego desumibili dagli artt. 11 e 52 Cost.). Tuttavia, tali deroghe non sembrano quantitativamente comparabili con l'impatto che la normativa legata all'emergenza pandemica ha avuto su alcune garanzie costituzionali dei diritti della persona, su alcuni tratti caratterizzanti della

19 C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, tr. it., Milano, 1984, pp. 109 ss.

20 Si rammenti la possibilità delle ordinanze d'urgenza regionali, riconosciuta dalla Corte costituzionale, di derogare alle leggi dello Stato intervenendo, evidentemente, nelle materie di competenza di queste ultime.

21 Per una sintesi dei problemi creati dall'impatto sui diritti della persona della normativa emergenziale, R. Romboli, *L'incidenza*, cit., pp. 536 ss.

nostra forma di governo nonché, come si è tentato di dimostrare attraverso le considerazioni che precedono, su alcuni aspetti essenziali del nostro sistema delle fonti.

Nel corso di queste pagine si è avanzata l'ipotesi che il fenomeno possa presentare analogie con la delegificazione, ma ciò vale solo in via di approssimazione e in rapporto all'effetto derogatorio delle norme poste da atti di natura sostanzialmente regolamentare (peraltro, mai denominati regolamenti) sulla legislazione vigente. Tutta la disciplina dei limiti alla delegificazione, impliciti nella disciplina costituzionale e in larga misura codificati dall'art. 17 della l. n. 400/1988²², sia sotto il profilo della determinazione dei limiti legislativi della discrezionalità delle norme regolamentari e delle norme legislative oggetto di deroga, che sotto quello delle garanzie procedimentali e, segnatamente, dell'acquisizione del parere del Consiglio di Stato (escluso dalla natura formalmente non regolamentare delle fonti emergenziali), è stata sostanzialmente disapplicata. L'impressione è che si sia determinato un sistema delle fonti dell'emergenza alternativo a quello costituzionale e, in larga parte, di esso sostitutivo.

La pandemia di Covid-19 è senz'altro l'emergenza più grande che ha dovuto affrontare la Repubblica. La portata di questa tragedia, il suo costo in vite umane, l'adeguatezza delle scelte compiute, saranno un giorno (si spera, non lontano) consegnate alla valutazione degli storici. Ma dal punto di vista degli studiosi di diritto pubblico, appare opportuno interrogarsi sulla questione se l'emergenza pandemica abbia dato luogo ad una sorta di periodo transitorio, tale da qualificarsi come una fase autonoma della nostra storia costituzionale, nel quale l'ordinamento della Carta è stato, sia pure parzialmente, sostituito da un sistema costituzionale diverso affermatosi in via di fatto.

5. *Un ricordo*

Nell'aprile del 2020, nel pieno dell'emergenza sanitaria, cessava di battere in un letto di ospedale il cuore di mio padre, Ubaldo Manfrellotti. Mio padre si è spento lentamente, in solitudine, cercando invano il conforto della visita dei suoi figli e dei suoi congiunti, a cui la dura legge dell'emergenza ha precluso la possibilità di stargli vicino e persino di dargli l'estremo saluto. Vorrei che questo lavoro, il primo concluso dopo quel giorno doloroso, fosse legato al suo caro ricordo.

22 Su cui, in generale, V. Cocozza, *La delegificazione*, Napoli, 1996, pp. 81 ss.

ANIELLO FORMISANO

A COSA SERVONO LE REGIONI? CONSIDERAZIONI SUL REGIONALISMO SANITARIO ALLA LUCE DELLA EMERGENZA IN ATTO

1. Premessa

L'emergenza Covid-19, connotata da una convulsa stratificazione normativa in grado di accentuare il fenomeno della *crisi della legge*¹, ha rappresentato un terreno fecondo per la dottrina, nell'arduo tentativo di rilevare e risolvere le possibili sfocature e distorsioni che ha portato nel nostro sistema costituzionale. Accanto al riemergere di antichi temi già discussi quali la corretta qualificazione del concetto di emergenza²

1 Che l'incertezza sia uno degli effetti in grado di portare l'emergenza, è un aspetto già rilevato tempo addietro da S. Staiano, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, in *Diritto e Società*, n. 4/2015, p. 683, il quale osserva che siamo di fronte a una grave incertezza delle regole e che di fronte alla complessa, frammentata e mutevole produzione normativa non è più sufficiente realizzare una semplice mappa ma sarebbe necessario un vero e proprio atlante. L'Autore, dopo attente riflessioni, giunge alla conclusione che "neppure un atlante può essere concepito, ma, nelle grandi trasformazioni in atto, sono concepibili solo indicazioni sui modi di disegnarlo, che sono, a loro volta, molti e controversi, sicché anche di essi occorrerebbe un atlante, un meta-atlante *de modis*"; E. Longo, *La legge precaria: Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Milano 2017, pp. 9 ss. Con riferimento al periodo dell'emergenza e sulla scarsa qualità della normazione si v. ex multis L. Di Majo, *La tecnica normativa nel contesto della crisi epidemiologica da COVID-19*, in *Diritti Regionali*, n. 2/2020, pp. 141 ss.

2 Sulla etimologia del termine emergenza e della sua differenza rispetto al termine necessità si v. A. Fenucci, *Necessità, emergenza e diritti fondamentali*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3/2014, pp. 2-3, dove osserva che "in particolare necessità ed emergenza sembrano essere diventate figure autonome e scindibili solo con il passaggio dall'ordinamento liberale a quello democratico. Si è fatto notare che anche su un piano terminologico vi è differenza tra i due concetti, visto che la necessità può essere ricondotta al latino *necessitas*,

ed il rischio di una possibile degenerazione della stessa in una forma di *stabilizzazione* dell'emergenza³, il dibattito si è incentrato sugli sforzi ricostruttivi tra chi ha cercato di rinvenire una linea *giustificazionista* alla vasta proliferazione di atti normativi⁴, discorrendo che non vi è stata alcuna *rottura* della Costituzione, e chi, invece, ha posto in rilievo che il modello costituzionale sia *saltato*⁵, rilevando la necessità di un riforma costituzionale⁶.

intesa quindi come qualcosa che si collega ad un evento inevitabile, mentre l'emergenza richiama il latino *emergere*, come qualcosa che affiora". Sulla nozione di "emergenza" si è insistito nei tempi del Covid-19 in particolare sul fatto che le emergenze non sono tutte uguali ma diverse tra loro e ve ne sono alcune per il *tempo ordinario* e altre che emergono nel *tempo straordinario*. Al riguardo si v. A. Ruggeri, *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, in *Diritti Fondamentali*, n. 3/2020, pp. 136 ss.

- 3 Per l'analisi del fenomeno della *stabilizzazione dell'emergenza* si v. S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino 2006, pp. 649 ss., secondo cui l'emergenza è destinata a cessare e le previsioni normative emanate per far fronte a simili situazioni sono destinate ad avere vigore temporaneamente; l'Autore nota, tuttavia, che si è verificato un fenomeno di "stabilizzazione dell'emergenza", per cui esistono situazioni qualificate dal legislatore come stati di "necessità" o "emergenze" ma che in realtà costituiscono problemi strutturali e che vengono affrontate con una legislazione che tende a perdere la caratteristica della provvisorietà e a diventare *permanente*. L'analisi svolta dallo studioso è stata rielaborata e riletta ai tempi odierni dell'emergenza da U. Ronga, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, n. 1/2020.
- 4 Sulla legittimità della *catena normativa* adottata dal legislatore per fronteggiare l'emergenza si v. ex multis M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020, pp. 109 ss.; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in Id. (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli 2020, pp. 11 ss.; G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione*, n. 4/2020; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020, pp. 558 ss.
- 5 A. Ruggeri, *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, cit., p. 146
- 6 A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto costituzionale e la crisi palese, oramai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, n. 1/2020, p. 213; A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, pp. 532-533; S. Ceccanti,

Accanto a detto scenario, con l'emergenza Covid-19 si è assistito ad una progressiva conflittualità tra amministrazioni centrali e territoriali, portando non solo un ampio novero di studiosi ma lo stesso legislatore ad interrogarsi sul giusto approccio da adottare al fine di gestire la pandemia⁷.

Ci si è domandati se la strada giusta sia una gestione decentralizzata⁸, come sta accadendo attualmente nella *fase 3*, oppure vada prediletta una gestione centralizzata⁹.

Su un aspetto vi è un punto di contatto in dottrina, ossia la necessità di una *cooperazione istituzionale* per la gestione dell'emergenza, cooperazio-

Verso una regolamentazione degli Stati emergenziali per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate, in *Bio-law Journal*, n. 1/2020, pp. 79 ss.

- 7 Al riguardo si vedano i vari contributi scritti durante questo periodo *ex multis* M. Betzu – P. Ciarlo, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Bio-law*, n. 1/2020, pp. 582 ss.; E. Balboni, *Autonomie o centralismo contro il coronavirus*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020; A. Morelli, A. Poggi, *Le Regioni per differenziare, Lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, Editoriale, in *Diritti Regionali*, n. 2/2020.
- 8 Tanto che la dottrina con riferimento alle prime due fasi della pandemia, fino alla adozione del dpcm 3 novembre 2020, ha definito con l'espressione *approccio uniformante* la modalità di gestione dell'emergenza da parte del governo. Sul punto si v. M. Betzu – P. Ciarlo, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, p. 582; M. Mandato, G. S. Stegher, *La Repubblica al bando di prova più difficile: cronaca costituzionale di un'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, n. 1/2020, p. 16. Sembra quasi che il legislatore abbia ascoltato le critiche della dottrina sostituendo all' *approccio uniformante* un *approccio differenziato* nella gestione della pandemia, come è accaduto con il dpcm 3 novembre del 2020 che ha introdotto "ulteriori misure di contenimento del contagio su alcune aree del territorio nazionale caratterizzate" rispettivamente "da uno scenario di elevata gravità e da un livello di rischio alto" (art. 2) e "da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto" (art. 3). Si tratta delle cosiddette Regioni "arancioni", le une, e "rosse", le altre, successivamente individuate dal Ministro della salute con ordinanza 4 novembre 2020, prevista dal comma 1 dell'art. 2 e dell'art. 3 del d.p.c.m. Per un'analisi sulle misure adottate recentemente dal governo si v. G. S. Stegher, *Dal lockdown totale al lockdown selettivo regionalmente differenziato. Italia Covid-19 documentazione normativa*, in *Nomos*, in corso di pubblicazione.
- 9 *Ex multis* S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., pp. 24-27; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 133-134; F. Cortese, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, Editoriale, in *Le Regioni*, n. 1/2020.

ne¹⁰ che, dall'analisi delle note vicende giudiziarie, che hanno coinvolto Stato-Regioni¹¹, sembra non esservi effettivamente stata¹².

L'acuirsi del dibattito tra regionalisti e anti-regionalisti ha fatto riecheggiare, anche se in termini anche un po' provocatori, una domanda sulla quale, già in altre occasioni, la dottrina tempo addietro ha focalizzato la propria attenzione.

A che cosa servono le Regioni? Forse è il caso di abolirle?¹³

Detto interrogativo posto nel dilagante conflitto Stato-Regioni, individua la premessa della breve disamina che si andrà a svolgere.

10 Sul punto si legga il comunicato reso dal Presidente Sergio Mattarella in occasione del cinquantesimo dalle prime elezioni regionali dove afferma che: "La libertà dei territori e l'autonomia delle comunità sono un contributo all'unità nazionale, nel quadro di una leale collaborazione tra i diversi livelli istituzionali. Le intese tra Stato, Regioni, Comuni, Province sono parte qualificante dell'azione di governo", visionabile al seguente link <https://www.quirinale.it/elementi/49449>

11 Al riguardo sia consentito rinviare a A. Formisano, *La gestione dell'emergenza durante il Covid-19 tra uniformismo e decentralismo. Considerazioni sull'A.S. 1825 e effetti sul regionalismo differenziato*, in *Nomos*, n. 2/2020.

12 Come afferma M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 130 dove osserva che "Questo è il terreno sul quale la confusione, purtroppo, è massima e insoddisfacente è la cooperazione interistituzionale".

13 La domanda parte dalla provocazione di G. Zagrebelsky, *La democrazia dell'emergenza*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2020, il quale sostiene che le Regioni non hanno dato buona prova di sé nella loro storia e pertanto è il caso di abolirle. Alla provocazione del Professore non sono mancate risposte da parte della dottrina. Al riguardo si v. E. Balboni, *Ma davvero Zagrebelsky vorrebbe abolire le Regioni? O invece il tarlo che lo rode è un altro*, in *laCostituzione.info*, 21 novembre 2020.

Non è la prima volta che tra i costituzionalisti viene invocata l'abolizione delle Regioni. In altre occasioni se ne è ampiamente discusso ad esempio riguardo al tema degli scandali della politica che ha investito le varie Regioni, spingendo il legislatore statale ad adottare una riduzione del numero dei consiglieri regionali velata dal tema delle esigenze di bilancio. Al riguardo si vedano i vari contributi pubblicati dopo la riforma sul n. 4/2012 della rivista *Le Regioni*. Sul punto sia consentito rinviare a A. Formisano, *Riduzione del numero dei consiglieri regionali: evoluzione normativa e progressiva affermazione del centralismo della Corte*, in G. Tarli Barbieri, P. Caretti, M. Morisi (a cura di), *La dimensione dei parlamenti: logiche politiche e questioni costituzionali*, in *Osservatorio sulle Fonti*, Ricerca Seminario Tosi 2020, pp. 110 ss.

2. La Regione come laboratorio della democrazia: opportunità di una centralizzazione o decentralizzazione del sistema sanitario regionale

I dati allarmanti dell'*Economist Intelligence Unit* presentati nel giugno di quest'anno¹⁴ mostrano chiaramente che l'Italia, in termini di qualità di assistenza prestata durante la pandemia, si pone all'ultimo posto tra i 21 paesi OCDE, insieme alla Spagna, con il tasso di mortalità più alta tra tutti i paesi considerati.

C'è da chiedersi cosa non ha funzionato nel sistema sanitario italiano.

È vero che l'Italia, insieme alla Spagna, è stato uno dei paesi più colpiti dalla pandemia. Tuttavia, l'analisi non può fermarsi a questo assunto dovendo individuare se la responsabilità sia da attribuire alle Regioni e se le notevoli differenze dei sistemi regionali, tanto da aver portato a sostenere che esistono 21 diritti di salute diversi¹⁵, pongano la necessità di una ricentralizzazione del sistema sanitario e un ripudio delle Regioni.

Accanto alla rigida dicotomia riassumibile nello slogan il *virus è centralista*¹⁶ o il *virus è regionalista*¹⁷, non sono mancate posizioni assunte da parte di chi ha rilevato come ciò che andrebbe fatto, non è tanto quello di svolgere un recupero dell'uniformismo che nel vecchio sistema non riusciva a garantire l'eguaglianza¹⁸, quanto piuttosto mettere in atto degli

14 *Economist Intelligence Unit, How well have countries responded to the coronavirus crisis?*, June 2020.

15 In tal senso si v. ex multis A. Pioggia, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2020, pp. 45 ss.; L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, n. 1/2020; F. Taroni, C. Giorgi, *I regionalismi sanitari in Italia nel contesto internazionale*, in *Costituzionalismo*, n. 2/2020, pp. 56 ss.; A. Spadaro, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano: il caso delle Regioni meridionali*, in *Le Regioni*, 2017.

16 F. Palermo, *Il virus è centralista?*, in *Il Mulino*, 26 febbraio 2020.

17 F. Musella, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, cit., p. 705.

18 A. Pioggia, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, cit., p. 64; R. Bin, *Caro Orlando, il vero problema della sanità è al centro, non in periferia*, in *laCostituzione.info*, 3 aprile 2020, che rievoca l'esperienza positiva degli ospedali della mutua, grazie al quale il sistema italiano è "uno dei migliori al mondo"; L. Vandelli, *Sovranità e federalismo interno: l'autonomia territoriale al tempo della crisi*, in *Le Regioni*, 2012, p. 869; F. Taroni, C. Giorgi, *I regionalismi sanitari in Italia nel contesto internazionale*, cit., p. 55, i quali rievocano la felice esperienza fruttuosa dei Consultori, istitu-

strumenti volti ad operare una giusta armonizzazione e coordinamento da parte del Governo centrale con la Regione.

L'esigenza di coordinamento è stata avvertita sia dalla dottrina¹⁹ che dal legislatore²⁰ con riferimento all'organizzazione del sistema di emergenza sanitario, in particolar modo riguardo l'assistenza distrettuale, in considerazione dei messaggi di allarme che già da tempo provengono dalla Commissione d'inchiesta sul sistema di emergenza-urgenza del SSN²¹.

ti nel 1975, che ben esprimevano l'aspetto innovativo dei modelli organizzativi regionali.

- 19 Al riguardo si v. R. Balduzzi, *Cinque cosa da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, in *Corti Supreme della Salute*, n. 2/2020, pp. 346-349; Id., *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Corte Suprema della Salute*, n. 1/2020, pp. 69-70; L. Buscema, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, pp. 412-413. Critico nei confronti di questo approccio cooperativo nel sistema sanitario è A. Morrone, *La visione trascendente dei Lea e la realtà del Ssn*, in *Corte Suprema della Salute*, n. 1/2020, p. 27, che definisce *indeciso*, il modello sanitario dualista e paritario, caratterizzato, a causa della Corte costituzionale, da una parità istituzionale tra istituzioni nazionali e statali avendo alimentato "i peggiori egoismi territoriali, come ha palesato, da ultimo, la patetica querelle sul regionalismo differenziato". I fattori di "incertezza" vengono analizzati e sviluppati nella riflessione di R. Balduzzi, *Indicazioni per un'agenda del "dopo"*, in *Corti Supreme della Salute*, n. 1/2020, pp. 5-6.
- 20 Proposta di legge n. 603 dei deputati Labriola ed altri avente per oggetto "Istituzione del Sistema di emergenza sanitaria territoriale '118'", presentata il 10 maggio 2018; Disegno di legge n. 1534 dei senatori Stabile ed altri avente per oggetto: "Disposizioni in materia di revisione del modello organizzativo del Sistema di emergenza sanitaria territoriale '118'", comunicato il 3 dicembre 2019 e Disegno di legge n.1715 d'iniziativa dei senatori Castellone ed altri, avente per oggetto "Riforma del Sistema di emergenza sanitaria territoriale '118'" comunicato l'11 febbraio 2020. Per un commento riguardante questo disegno di legge si v. F. Brugnola, *Il sistema dell'emergenza sanitaria territoriale ad una svolta*, in *Corte Suprema della Salute*, n. 2/2020, pp. 422-426.
- 21 Relazione conclusiva della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul sistema di emergenza-urgenza nel SSN approvata nella seduta del 6 aprile 2005. Sul punto si legge nella relazione che per realizzare un valido funzionamento del sistema di emergenza risulta necessario una attività di coordinamento dei modelli organizzativi regionali. L'esito della indagine mostra come "Il quadro complessivo è quello di un territorio che sebbene esprima realtà di eccellenza ed una complessiva crescita di sensibilità, di competenze gestionali e specialistiche, si muove in 'disordine sparso' rispetto ai modelli organizzativi, alla creazione di sistemi informativi e, in modo davvero critico, rispetto alla costruzione di protocolli di comunicazione fra le realtà coinvolte nel sistema integrato di emergenza".

Questa esigenza di coordinamento si è posta in varie occasioni sia prima che dopo la riforma del titolo V, ad esempio riguardo la determinazione dei livelli essenziali di prestazione e assistenza per i quali la Corte valorizza le sedi di confronto inter-istituzionale tra Stato e Regioni²². Di questo avviso si è mostrato anche il legislatore, il quale continua a confidare nella leale collaborazione anche nella determinazione dei LIVEAS²³, in quanto proprio su questo si gioca il superamento del *mito dei posti letto*. Tramite la fissazione dei livelli di assistenza ospedaliera, infatti, si riuscirebbe a garantire non semplicemente più servizi territoriali, ma “più rete tra servizi territoriali ed ospedalieri, così da considerare in modo unitario la complessiva rete dei servizi sanitari e di tutela della salute”²⁴.

22 In particolar modo la necessità di una cooperazione Stato-Regione per la definizione dei LEA è un dato che è stato considerato una necessità da parte della Corte costituzionale in varie sue pronunce. In particolare, si v. Corte Cost., sent. n. 134/2006; Corte cost., sent. n. 19/2017. Da ultimo si v. Corte Cost., sent. n. 62/2020, paragrafo n. 3.1, nella parte in cui afferma che “la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti Stato-Regioni in tema di competenza legislativa, impongono una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria tra questi soggetti, in quanto coinvolgente l'erogazione di prestazioni riconducibili al vincolo di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. [e che] che la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, ma che la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività”. L'approccio adottato dalla Corte sulla collaborazione tra Stato e Regioni viene particolarmente criticato da A. MORRONE, *La “visione trascendente” dei Lea e la realtà del Ssn*, cit., 24, nt. 41, il quale osserva come la determinazione dei livelli essenziali sia una competenza esclusiva (art. 117, c. 2 lett. m e c) dello Stato, derivandone un'assenza di condizionamento da parte del legislatore statale nei confronti del legislatore regionale.

23 Sulla nozione di Liveas si v. A. Gualdani, *Liveas (livelli essenziali di assistenza sociale)*, in <https://www.aggiornamentisociali.it/articoli/liveas-livelli-essenziali-di-assistenza-sociale/>, 2011; A. Marzanati, *Il ruolo dello Stato nel policentrismo repubblicano: l'assistenza sociale*, in *La tutela multilivello dei diritti sociali*, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli 2008, pp. 257 ss.; F. Pizzolato, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., pp. 309 ss.

24 In tal senso R. Balduzzi, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, cit., pp. 342 ss. L'Autore rileva l'opportunità di definire prima i LEA e poi i LIVEAS. Al riguardo l'Autore svolge una disamina dell'opportunità offerta dal d.l. n. 34/2020, convertito nella legge n. 77/2020 con cui si prevede la sperimentazione coordinata dal Ministero della salute sulla base di un'intesa in sede di Conferenza Stato-

Il continuo negazionismo del regionalismo, accentuato dalla differente risposta, talvolta insoddisfacente, dei sistemi sanitari regionali non è che una chiara espressione dell'uso *coniunturale dell'autonomia* presente nella storia del regionalismo italiano²⁵.

Contro la tendenza centralista e uniformante va richiamata la *ratio* della istituzione delle Regioni.

Le Regioni nascono per differenziare, se non si auspicasse un esercizio differenziato di funzioni legislative, amministrative non sarebbero state istituite²⁶. Sono un banco di prova di sperimentazione di nuovi programmi, piani, modelli migliorativi di quelli stabiliti a livello centrale. Si potrebbero definire come una sorta di *laboratorio di democrazia*²⁷, assumendo un ruolo fondamentale per garantire una uniforme godimento del diritto alla salute attraverso la valorizzazione della dimensione locale²⁸. Non si può *sic et simpliciter* ripudiarle per le disfunzioni riscontrate.

Regioni, di "strutture di prossimità" ispirate "al principio della piena integrazione socio-sanitaria, con il coinvolgimento delle istituzioni presenti nel territorio, del volontariato locale e degli enti del Terzo settore senza scopo di lucro" al fine di garantire il "massimo livello di assistenza" e "tutte le persone fragili la cui condizione risulta aggravata dall'emergenza in corso", potendo rappresentare una grande opportunità di garantire una standardizzazione delle prestazioni.

- 25 Sull'uso "coniunturale" delle riforme ossia la continua tendenza a progettare riforme in una prospettiva del tutto incentrata su esigenze politiche contingenti si v. ex multis S. Staiano, *Art. 5 Costituzione italiana*, cit., p. 11, dove afferma che la Regione apparirebbe come "valore da esaltare" o come una "diseconomia"; M. Luciani, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, pp. 131 ss.; A. Ruggeri, *Il federalismo all'italiana e l'uso "coniunturale" della Costituzione*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 9 luglio 2001. Un esempio dell'uso congiunturale dell'autonomia viene rappresentato dalla discussione sviluppata in dottrina sul tema della riduzione dei costi della politica regionale, rinviandosi alla nota 14 del presente contributo.
- 26 In tal senso si v. M. Cosulich, *Le differenziazioni come sfide dell'uniforme regionalismo italiano*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2020, p. 123; per una riflessione a livello europeo sull'importanza di differenziare e sperimentare nuovi modelli tenendo delle diverse esigenze presente nei vari territori si v. L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato*, in *Quaderni del Seminario Studi e Ricerche Parlamentari Silvano Tosi*, 2019, p. 104.
- 27 Per una analisi storica del doppio volto assunto dalle Regioni, espressione sia di sperimentazione e democrazia che di clientelismo e mala-affare, si v. F. Taroni, C. Giorgi, *I regionalismi sanitari in Italia nel contesto internazionale: lezioni dalla pandemia*, cit., pp. 51 ss.
- 28 In tal senso A. Ruggeri, *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2017, 2017, p. 26; R. Bin, *Il valore delle autonomie: territorio, potere e democrazia. Considerazioni conclusive*,

Nemmeno di recente autorevoli studiosi che discorrono del nostro modello dualista fondato sulla cooperazione Stato e Regione, nei termini di un modello *incerto*, salvato costantemente dalla giurisprudenza della Corte²⁹, si sono azzardati ad affermarne l'abolizione ma, semmai, una revisione del nostro ordinamento regionale³⁰.

Il dibattito tra regionalisti e anti-regionalisti emerso in questo periodo non è tanto dissimile a quello sorto in Assemblea Costituente³¹. Le pulsioni anti-regionaliste espresse dell'Onorevole Rocca nell'affermare che l'economia nazionale non esiste più e che le grandi riforme spetterebbero allo Stato, essendovi il rischio che le Regioni avrebbero potuto essere portatrici di "una politica antinazionale non facilmente sanabile"³², furono visionarie e anticipatorie della fenomeno della globalizzazione.

Accanto a questa idea, le Regioni furono considerate come un *fattore di democratizzazione* e in grado di superare la debolezza degli attori istituzionali delle classi dirigenti meridionali³³.

Ebbene, ora come allora, i problemi che hanno determinato la crisi del regionalismo e il venir meno della felice ideologia bertiniana sulla concezione dello "*Stato sociale delle autonomie*"³⁴, si ripresentano in termini

in B. Pezzini, S. Troilo (a cura di), *Il valore delle autonomie: territorio, potere e democrazia*, Napoli 2015, p. 461.

29 Con riferimento al tema del suprematismo giudiziario si v. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Spunti su sconfinamenti e legittimazione della corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 251; a ravvisare il ruolo centrale da parte della Corte costituzionale in grado di dominare le sorti dell'autonomia, si v. S. Staiano, *Art. 5 Costituzione italiana*, cit., p. 145.

30 Al riguardo si v. A. Morrone, *La "visione trascendente" dei Lea e la realtà del Ssn*, cit., p. 28.

31 Il dibattito sui lavori in Costituente e sui vari sentimenti emergenti favorevoli e contrarie all'istituzione delle Regioni sono ben delineate da S. Staiano, *Art. 5 Costituzione italiana*, cit., pp. 11-37; L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, cit., pp. 3-5, il quale rileva le forti preoccupazione emergenti nei lavori costituenti sul rischio che le Regioni avrebbero potuto incrementare il divario tra Nord e Sud.

32 A.C., Seconda Sottocommissione, 13 novembre 1946, 55. Ulteriore argomento contrario al regionalismo che sembra opportuno richiamare è espresso da Einaudi che intravedeva nel regionalismo il rischio di portare un aggravamento delle diseguaglianze territoriali e "si faranno vivere quelle regioni che hanno maggiore influenza politica e quindi vi saranno sempre regioni arretrate che si troveranno in condizioni sfavorevoli" (cfr. AC, Seconda Sottocommissione 31 luglio 1946, 56).

33 E' il quadro dato da Ambrosini nella Relazione sulle autonomie regionali. Al riguardo si v. A.C., Seconda Sottocommissione, 13 novembre 1946, pp. 137 ss.

34 G. Berti, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 277.

alquanto simili³⁵. Nonostante i vari fattori che ne hanno provato il fallimento, non è possibile abbandonare una idea così ambiziosa “trattandosi di un processo, che tocca ricostruire”³⁶, dove la coordinata sul quale muoversi per tentare quest’opera di ricostruzione, è la valorizzazione dell’art. 5 Cost. come temperamento tra autonomia e centralismo, una “valvola di ritegno di potere verso le autonomie locali”³⁷.

2.1 *Quanto differenziare? Perché farlo? Con quante risorse? Le ineludibili domande da rispondere per far ripartire le Regioni*

Se le Regioni quindi esistono per differenziare e sperimentare, risulta necessario rispondere a 3 interrogativi: *quanto differenziare, perché differenziare e con quante risorse farlo*.

La risposta al primo quesito si ricollega all’ampio dibattito sul regionalismo differenziato che, oramai, durante la pandemia sembra abissato. Rivolgendo l’attenzione alle varie richieste delle Regioni sull’attuazione del regionalismo differenziato in ambito sanitario, la dottrina sostanzialmente indica come la differenziazione dei sistemi sanitari regionali debba avvenire allo scopo di preservare l’unità del sistema sanitario nazionale³⁸ poiché

35 Al riguardo si rinvia all’analisi svolta da S. Staiano, *Art. 5 Costituzione italiana*, cit., che individua nella regressione del partito politico regionale il fattore di regressione del sistema regionale. Sempre con riferimento alla concezione di autonomia come *fattore di democratizzazione* del sistema, per l’Autore questo concetto sarebbe stato lesa dall’esordio del partito regionale personale, proiezione del protagonismo dei Presidenti di Regione indicata con l’espressione *torsione monocratica*. L’emergere del fenomeno è ascrivibile nel contesto emergenziale “alle debolezze del decisore centrale, che avrebbe auto tutti gli strumenti istituzionali per contrastarla” (cfr. S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., p. 40).

36 S. Staiano, *Art. 5 Costituzione italiana*, cit., p. 11.

37 *Ibid.*

38 Sul punto si v. R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., p. 9, i quali osservano come la differenziazione debba avvenire facendo ricorso a strumenti di tenuta unitaria del sistema “necessari per adempiere all’obbligazione costituzionale di protezione della salute quale diritto fondamentale della persona e interesse della collettività”. Gli strumenti di tenuta unitaria del sistema vengono messo in luce da L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, cit., p. 18, il quale, con riferimento al tema del regionalismo asimmetrico, riconosce che “i possibili sviluppi della capacità di autogoverno dei territori locali, potrebbe rappresentare una importante occasione di razionalizzazione e rivitalizzazione dell’esperienza regionale diretta a “rimuovere le condizioni di persistente disparità sociale tra i diversi territori””. Affinché un simile risultato venga raggiunto,

la differenziazione, se non governata, tende “ad espandersi, con effetti negativi in termini di eguaglianza nel godimento del diritto alla salute”³⁹, tramutandosi in realtà il rischio di una “destrutturazione del servizio sanitario nazionale” e, quindi, una lesione del diritto alla salute.

Nello specifico i rischi, che una attuazione del regionalismo differenziato si ponga in contrasto con il principio di unità del sistema sanitario, sono stati individuati dalla dottrina con riferimento alle richieste di maggiore autonomia in ambito sanitario da parte delle tre Regioni settentrionali (Veneto, Lombardia e Emilia Romagna), con particolare riguardo alla disciplina del personale dipendente dal Servizio sanitario regionale e delle professioni sanitarie⁴⁰, di cui stiamo avendo una eccezionale applicazione durante il periodo della pandemia con le misure di reclutamento straordina-

l'Autore, nel prosieguo dello scritto, delinea le coordinate e le condizioni per la realizzazione di un regionalismo differenziato in senso cooperativo (tra queste: la necessità di individuazione dei LEA e superamento della spesa storica, istituzione di un fondo perequativo, evitare che lo scopo sia il c.d. residuo fiscale); D. Mone, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost. conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, 7; F. Pastore, *Brevi considerazioni su unità e indivisibilità della Repubblica italiana*, in *Diritti Fondamentali*, n. 2/2019,

39 R. Balduzzi, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, in *Corti supreme della Salute*, n. 3/2018, p. 473.

40 Accanto alle varie perplessità sollevate dalla dottrina sulla possibilità di ricondurre alla materia “tutela della salute” la disciplina del personale sanitario vengono sollevate da G. Colapietro, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario*, in *Corte Supreme della Salute*, n. 1/2020, pp. 189 ss. il quale ritiene che detta disciplina risulterebbe ascrivibile al settore del pubblico impiego e quindi rientrando nella materia dell’ “ordinamento civile”, di competenza esclusiva dello Stato. Pertanto, la disciplina del personale sanitario non potrebbe essere oggetto del procedimento di differenziazione di cui al 116, comma 3 Cost. Dello stesso avviso è R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., p. 10.

I rischi riguardanti l’attuazione del regionalismo differenziato riguardante la disciplina del personale medico sanitario sono messe in evidenza da E. Catelani, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2018, p. 4, l’Autore, in primo luogo, rileva il rischio di “una totale disegualianza (di trattamento e dei diritti) dei medici professionisti che lavorano in regioni diverse”, che finirebbe per dar luogo ad “un regime ingovernabile e fonte di continue disegualanze”. L’effetto di questa disegualianza vengono rilevate dall’Autore a pagina 8 del suo scritto, rappresentata dalla tendenza “di medici professionisti a migrare da una regione all’altra, dove si trovano delle condizioni più vantaggiose di autonomia professionale”.

rio degli specializzandi⁴¹, alla disciplina della farmacovigilanza⁴², in tema di valutazione e appropriatezza dei farmaci, alla disciplina dell'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria⁴³.

Affinché il regionalismo differenziato si ponga in aderenza al principio di unità statale, vi è la necessità di adottare meccanismi perequativi (es. istituzione del fondo perequativo)⁴⁴ e superare del c.d. principio della spesa storica attraverso l'individuazione dei livelli essenziali di prestazione⁴⁵.

Con riferimento alla seconda domanda (*"perché trasferire?"*), come insegna la migliore dottrina⁴⁶, dovrebbe porsi antecedentemente a quella *"quanto trasferire?"*.

41 Sul punto si v. L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, cit., p. 9, il quale osserva che le misure d'urgenza adottate dal governo per fronteggiare la crisi sanitaria, con la possibilità di reclutamento e attribuzione di incarichi provvisori agli specializzandi "rappresentano provvedimenti adottati in presenza di circostanze eccezionali, giustificati dalla carenza del personale sanitario, di competenza esclusiva dello Stato centrale".

42 I rischi sono ben messi in rilievo da Guerino Fares in due contributi: G. Fares, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: farmaci e farmacovigilanza*, in *Corte Supreme della Salute*, n. 1/2020, pp. 213 ss.; Id., *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni ed equilibri di sistema: le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, pp. 29 ss., al quale si rinvia.

43 Al riguardo si v. F. Gallarati, *La libera professione intramuraria nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in *Corte Supreme della Salute*, n. 1/2020, pp. 232 ss., rilevando come il rischio di una differenziazione in quest'ambito possa incidere sull'unitarietà del sistema sanitario nazionale. Sul punto si v. R. Balduzzi, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, cit., p. 474, il quale rileva che tra i fattori di "destrutturazione del sistema sanitario nazionale" vi sarebbe l'adozione di *regole ammorbidite* riguardo l'attività professionale intramuraria.

44 Ex multis A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e coesione territoriale*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, cit., p. 18.

45 Sul punto l'intreccio tra livelli essenziali delle prestazioni e "contenuto minimo essenziale dei diritti" è un aspetto che è stato messo in rilievo da tempo dalla dottrina. Al riguardo si v. I.M. Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, pp. 1309 s; M. Belletti, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile...*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3-4/2003; A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistici. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 6/2003, pp. 1063 ss.

46 Ex multis S. Staiano, *Il regionalismo differenziato dalla terra al mito e ritorno*, in *Corti supreme della Salute*, n. 2/2020, pp. 489 ss.; G. Tarli Barbieri, *L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.: procedure e prospettive*, in *Corte Supreme della Salute*, n.

La storia del regionalismo italiano ci insegna che una risposta seria a quest'ultima domanda non sia stata data, in quanto non risulta essere stata svolta una seria analisi delle funzioni, se non nella prima fase del regionalismo italiano con la commissione Giannini. Chiara espressione di una simile riflessione è rappresentata dall'attribuzione alla competenza concorrente ripartita tra Stato-Regioni di materie come l'ambiente, le infrastrutture che andrebbero conservate nella competenza statale⁴⁷. Pertanto, prima di chiederci quanto differenziare bisognerebbe capire perché farlo, valorizzando il *principio di sussidiarietà*, contenuto nell'art. 118 Cost., il quale non può essere messo all'ombra⁴⁸.

Giungiamo, infine, all'ultima delle domande poste “con quante risorse differenziare?”.

La risposta a questa domanda assume un rilievo fondamentale soprattutto in ambito sanitario (che rappresenta ben l'80% del bilancio regionale), visto che bisognerebbe capire il giusto ammontare di risorse da attribuire alle Regioni per esercitare adeguatamente le proprie funzioni. Infatti, se si trasferiscono alle Regioni tante competenze ma senza dotarle delle adeguate risorse per poterle esercitare, sembra ragionevole ritenere che differenziare non abbia alcun senso.

Anche per rispondere a questa domanda è opportuno svolgere un serio studio delle analisi delle funzioni, che permetterebbe anche l'individuazione della corretta quantificazione delle risorse da attribuire. In campo sanitario ciò non può che avvenire tramite la determinazione del livello es-

1/2020, p. 135; G. Mobilio, *Differenziazione e specialità. Nella incerta evoluzione del regionalismo italiano*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, in corso di pubblicazione.

La domanda “*perché trasferire?*” è una esigenza che viene richiesta altresì dal DAGL, ai fini dell'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost., secondo cui “vanno dimostrati gli interessi peculiari da soddisfare per ogni singola regione”. Al riguardo si v. Presidenza Del Consiglio Dei Ministri, Dipartimento Per Gli Affari Giuridici E Legislativi, *Appunto per il Presidente del Consiglio dei Ministri. Oggetto: Applicazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione – Schemi di intesa sulle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia nelle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna*, 19 giugno 2019, 2, disponibile <http://dirittifondamentali.it/wpcontent/uploads/2019/06/Appunto-su-116-COST.pdf>

47 In tal senso si v. S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., p. 38.

48 Tanto che la dottrina ha osservato come l'art. 118 Cost. sia stato messo nell'oblio. Al riguardo si v. M. Cammelli, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art.116.3 Cost.*, in *Astrid rassegna*, n. 10/2019, p. 6; M. Carli, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, in *Federalismi*, n. 21/2019, pp. 9 ss.

senziale di prestazioni⁴⁹, con il superamento della spesa storica, garantendo alle Regioni le adeguate risorse per assicurare i servizi essenziali.

Affinché in ambito sanitario le Regioni dispongano delle risorse adeguate, è opportuno mutare quel paradigma concettuale, teso ad identificare le Regioni come dei *centri di spesa*, un costo da abbattere, dovuto alla sfiducia verso la classe politica regionale da parte del legislatore nazionale, avallato dalla Corte⁵⁰.

La riduzione delle risorse è stata indotta, come è noto, dalla crisi economica già dagli anni novanta. In particolare, le misure di austerità adottate dall'Unione Europea⁵¹, hanno portato un severo ripensamento sui diritti sociali e sul generale tema del “costo dei diritti”⁵², i quali hanno assunto sempre di più una connotazione di diritti *finanziariamente condizionati*⁵³, come

49 S. Staiano, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2019, pp. 6-7.

50 Al riguardo i v. ex multis G. Ferraiuolo, *Poteri e livello di governo statale e regionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2014, p. 67. Sull'atteggiamento da parte del legislatore statale, avallato dalla Corte costituzionale, di ricorrere alla competenza del “coordinamento della finanza pubblica” al fine di comprimere l'autonomia regionale. Sul punto si v. a A. Formisano, *Riduzione del numero dei consiglieri regionali: evoluzione normativa e progressiva affermazione del centralismo della Corte*, in G. Tarli Barbieri, P. Caretti, M. Morisi (a cura di), *La dimensione dei parlamenti: logiche politiche e questioni costituzionali*, cit., pp. 114-117.

51 In particolar modo per una accurata analisi della *governance economica europea* durante il periodo di crisi economica e per una analisi dell'introduzione del principio di equilibrio di bilancio all'interno della nostra Costituzione, si v. M. Troisi, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli 2020, pp. 45-62.

52 Per svolgere uno studio sul “costo dei diritti”, è imprescindibile svolgere una disamina sul ruolo assunto dalla Corte costituzionale di bilanciamento dei diritti fondamentali con le esigenze di bilancio. Accanto al tema dei “costi dei diritti” si è discusso, infatti, anche di “costo delle decisioni”. Al riguardo si v. M. Troisi, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit.; Id., *La quantificazione del costo delle pronunce della Corte costituzionale in materia di diritti*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2019, pp. 353-366.

53 Ex multis M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 3/2018; D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, cit.; E. Furno, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consulta Online*, n. 1/2017, pp. 105 ss.; A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, n. 2/2015, pp. 538-553; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, p. 8.

è avvenuto per il diritto alla salute⁵⁴. Malgrado sia l'unico diritto qualificato come *fondamentale* della nostra Carta costituzionale, non può assumere la configurazione, come ci insegna sia la giurisprudenza costituzionale⁵⁵ che la dottrina⁵⁶, di *diritto tiranno*, dovendo esservi un tendenziale bilanciamento di volta in volta con “gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti *oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento*”⁵⁷ (corsivo mio).

Seppure agli albori della giurisprudenza della crisi, il diritto alla salute risultava intimamente connesso alle esigenze di bilancio, si è assistito ad una progressiva inversione di tendenza della Corte, che l'ha portata ad

54 L'espressione di diritto alla salute come “*diritto finanziariamente condizionato*” la si deve a F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p. 30, per poi essere adoperato solo successivamente dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento alle prestazioni sanitarie (sul punto Corte cost., sent. n. 248/2011, par. 6.1. considerato in diritto).

Il filone giurisprudenziale diretto a considerare il diritto alla salute, strettamente legato alle disponibilità delle risorse finanziarie, è stato inaugurato con la sentenza n. 455/1990 della Corte costituzionale. Per una ricostruzione sull'evoluzione del diritto alla salute quale *diritto finanziariamente condizionato* e del ruolo generale assunto dalla Corte nel garantire una tutela effettiva dei diritti nei periodi di crisi economica si v. M. Troisi, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., pp. 199 ss., rinviandosi alla bibliografia dell'Autrice

55 Sul punto si richiama la giurisprudenza formatasi sul caso Ilva (Cfr. Corte costituzionale, sent., n. 85/2013, n. 58/2018, dalle quali emerge con chiarezza come il diritto della salute non può essere considerato alla stregua di un *diritto tiranno* ma *dinamico* il quale va bilanciato con gli altri diritti secondo il criterio di ragionevolezza e proporzionalità. Per una rilettura delle suddette sentenze durante il periodo della pandemia si v. R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, n. 3/2020, pp. 536-537; M. D'Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *Bio-law*, n. 3/2020, pp. 41-42.

56 Primo tra tutti si v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 130, dove afferma che “la proclamazione dei diritti in Costituzione non si traduce in un automatico ordine gerarchico tra gli stessi. Se così fosse si darebbe luogo ‘a una minacciosa tirannia del valore’”, ove occorre invece prudenza nel loro bilanciamento. In tal senso con riferimento al periodo della pandemia in corso si v. G. De Minico, *Costituzionalizziamo l'Emergenza?*, in G. De Minico, A. Ruggeri (a cura di), *Stato di diritto emergenza tecnologica*, *Consulta online*, 2020, pp. 35-36. Non sono mancate posizioni da parte di studiosi che hanno cercato di identificare il diritto alla salute con un diritto posto su un gradino superiore agli altri. Sul punto si v. A. Mazzola, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Nomos*, n. 1/2020.

57 Corte cost., sent. 203/2016.

affermare in più occasioni come la compressione di questo diritto per esigenze di bilancio non può assumere “un peso talmente preponderante da comprimere il *nucleo irriducibile* del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana”⁵⁸ (corsivo mio).

Una tendenza, che prosegue fino ad oggi la Corte, è il tentativo di rintracciare quel *nucleo irriducibile* del diritto alla salute, identificandolo sempre più strettamente connesso al concetto di individuazione dei LEA, che rappresenterebbero quei “*costi necessari*”⁵⁹. Pertanto, quando i LEA saranno determinati, questi rappresenteranno una prescrizione non più *finanziariamente condizionata*, dovendo essere garantiti in maniera effettiva. Ne risulta progressivamente un cambio di prospettiva da parte della Consulta che l’ha portata ad affermare che “è la garanzia dei *diritti incompressibili* ad incidere sul *bilancio*, e non l’equilibrio di questo a *condizionarne* la doverosa erogazione”⁶⁰.

Con la sentenza n. 62/2020, il cambio di prospettiva è radicale essendo sostenuto in modo chiaro la *primazia* della tutela della salute rispetto a tutti gli altri interessi sottesi tra Stato e Regione, imponendosi “una *visione trascendente* della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell’organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario”⁶¹ (corsivo mio).

Il cambio di rotta riguardo la concezione del diritto alla salute, non più, come *diritto finanziariamente condizionato*, risulta anche con riferimento ai vincoli contenuti nei piani di rientro sottoscritti dalle Regioni con lo Stato⁶², tesi a ridurre il *deficit* finanziario, prevedendosi che la spesa sanitaria deve essere compatibile con “la limitatezza delle disponibilità finanziarie che an-

58 Corte cost., sent. 203/2016, punto 8 del considerato in diritto.

59 *Ex multis* Corte cost., sent. n. 10/2016; 169/2017, Corte cost., sent. n. 62/2020.

60 Corte cost., sent. n. 257/2016. Sentenza che ha suscitato particolarmente l’attenzione della dottrina. Sul punto si vedano i commenti *ex multis* di A. Lucarelli, *Il diritto all’istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2016; E. Furno, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all’istruzione dei disabili*, cit.

61 Sulla quale si v. oltre al commento di A. Morrone, *La “visione trascendente” dei Lea e la realtà del Ssn*, cit.; C. Buzzacchi, *Il ruolo del “servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale” alla luce dei parametri costituzionali dell’equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, pp. 669 ss.

62 S. Calzolaio, *Il mondo dei Piani di rientro dal disavanzo sanitario dal punto di vista dell’equilibrio di bilancio*, in *Federalismi*, n. 23/2014.

nualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario”⁶³.

La domanda che allora ci si pone è se le Regioni in piano di rientro, in considerazione dell'emergenza pandemica, possano discostarsi dal contenuto degli accordi sottoscritti, provvedendo ad una maggiore spesa. La risposta può essere data in senso positivo, facendo leva sulla natura *dinamica* e non *statica* del piano di rientro, desumibile dall'art. 1, comma 180, l. n. 311/2004⁶⁴, da cui si apprende che lo scopo finale dei Piani di rientro è sempre quello di garantire una piena attuazione del diritto alla salute in tutto il territorio nazionale oltre che quello di ridurre il *deficit* economico. Nel periodo emergenziale che stiamo vivendo, se occorre nel breve periodo intensificare la spesa regionale per garantire l'attuazione di cui all'art. 32 Cost., non si potrà parlare di violazione del contenuto del piano di rientro, dovendosi dare prevalenza allo scopo di garanzia della salute.

3. La pandemia come una opportunità per rilanciare il regionalismo italiano e ridurre il divario tra Nord e Sud. Verso una visione globalizzata del diritto alla salute?

In conclusione, occorre osservare, in considerazione delle ampie risorse che già il legislatore statale ha messo a disposizione che l'Europa stanzierà anche per fronteggiarla⁶⁵, come la pandemia potrebbe astrattamente rappresentare una occasione importante per rilanciare il ruolo del regionalismo e una finestra di

63 Corte cost., sent. n. 111 del 2005. Come è noto la consolidata giurisprudenza costituzionale ravvisa l'indubbia ingerenza dei piani di rientro nell'ambito dell'autonomia regionale nella fase di predisposizione che di attuazione e il mancato rispetto da parte della Regioni dei piani di rientro è stata ricondotta alla violazione del principio costituzionale di leale collaborazione (si veda *ex multis* Corte cost. n. 91 del 2012; Corte cost. n. 193 del 2007; Corte cost., sent. n. 141 del 2010; Corte cost., sent. n. 100 e 141 del 2010; Corte cost. n. 123 e 163 del 2011).

64 L'Art. 1 prevede che la Regione interessata “elabora un programma operativo di riorganizzazione, di *riqualificazione* o di *potenziamento* del Servizio sanitario regionale, di durata non superiore al triennio” (corsivo mio). Al riguardo è interessante notare come la disposizione non fa riferimento solo al tema della riduzione del *deficit* ma impiega le espressioni *potenziamento* e *riqualificazione* indicando chiaramente come lo scopo ultimo deve essere quello della salvaguardia della salute, apparendo chiaro come il contenimento della spesa pubblica sia uno degli interessi che viene in gioco ma non l'unico.

65 Per una analisi degli stanziamenti adottati per fronteggiare la pandemia si v. G. Di Gaspare, *L'impatto del coronavirus sulle risorse del servizio sanitario nazionale. Qualche spunto di riflessione*, in *Corte Supreme della Salute*, n. 1/2020, pp. 85 ss.;

opportunità per sviluppare un sistema territorializzato in grado di combattere efficacemente le future emergenze che si potranno ripresentare.

Un nodo fondamentale da sciogliere riguarderà anche la distribuzione territoriale dei Fondi, che saranno stanziati dall'Unione Europea, e altresì comprendere se la fase della post-pandemia rappresenterà un prosieguo del forte *egoismo territoriale*⁶⁶ delle Regioni settentrionali, che ha connotato i progetti di attuazione del regionalismo differenziato⁶⁷. Ebbene, un rischio simile non appare semplicemente astratto in considerazione della letteratura scientifica⁶⁸ che considera il Sud come una pandemia, un virus per cui non c'è vaccino. I dati riportati dallo Svimez⁶⁹ mostrano chiaramente uno scenario particolarmente infausto per il Sud, risultando che, malgrado l'emergenza abbia colpito maggiormente il Nord, gli impatti sociali ed economici si riverseranno in particolar modo sul versante dell'occupazione, essendo penalizzato anche dal peso dell'indebitamento e delle lungaggini burocratiche⁷⁰. Molti studiosi

E. Jorio, *Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al coronavirus: una rassegna ragionata*, in *Corti Supreme della Salute*, n. 1/2020, pp. 89 ss.

66 Al riguardo si v. M. Villone, *Autonomia rischio doppio per il Sud*, in *La Repubblica di Napoli*, 10 ottobre 2020.

67 Rischio paventato oltre che da Massimo Villone anche da S. Staiano, *Il regionalismo differenziato dalla terra al mito e ritorno*, cit., p. 497.

68 G. Galli, G. Gottardo, *La mancata convergenza del Mezzogiorno: trasferimenti pubblici, investimenti e qualità delle istituzioni*, in *Osservatorio sui conti pubblici italiani*, 2 ottobre 2020.

69 Associazione Per Lo Sviluppo Dell'industria Nel Mezzogiorno, *L'impatto economico e sociale del Covid-19: Mezzogiorno e Centro-Nord*, 9 aprile 2020, in http://lnx.svimez.info/svimez/wpcontent/uploads/2020/04/svimez_impatto_coronavirus_bis.pdf, 30

70 Tra i commentatori sui dati allarmanti riportati dallo SVIMEZ si v. M. Betzu, P. Ciarlo, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, cit., p. 595, dove rilevano che "Per l'epidemia in corso, il Mezzogiorno e le Isole, pur essendo stati meno coinvolti del Nord, pagheranno un prezzo sociale altissimo. Quando tutto sarà finito le aziende del Nord, più strutturate e con una maggiore capacità finanziaria, riusciranno in qualche modo a riprendersi. Nel Sud, invece, le micro-aziende che caratterizzano il suo tessuto produttivo saranno spazzate inesorabilmente via, lasciando alle loro spalle un deserto economico e un inferno sociale"; G. Coco, C. De Vincenti, *Premessa. Il mezzogiorno dopo il Covid-19*, in Id. (a cura di), *Una questione nazionale. Il mezzogiorno da «problema» a «opportunità»*, Bologna 2020, pp. 9 ss.; G. Viesti, *Che Italia sarà? I possibili impatti settoriali, occupazionali e territoriale dell'emergenza Covid e gli interventi di politica economica*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, cit., pp. 636-638; A. Giannola, *Il sud in bilico. La fine del blocco e le (non incoraggianti) prospettive*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e*

hanno messo in rilievo le potenzialità del mezzogiorno, il quale può diventare il “secondo motore” in grado di far ripartire il nostro Paese⁷¹.

Altresì la pandemia ci fornisce due ulteriori indicazioni per il futuro.

La prima riguarda il ruolo delle risorse stanziare dall'Europa e l'importanza delle determinazioni assunte dalla comunità europea e internazionale, che sembrano portare al superamento della visione della tutela della salute come prospettata dalla Corte costituzionale fino a farci approdare ad una concezione del diritto alla salute quale *diritto pubblico globale*⁷².

Le sfide che si prospettano come quella sui vaccini, lo stanziamento delle risorse (se queste saranno sufficienti o meno a garantire una accessibilità a tutti i cittadini del vaccini anti-covid) richiedono decisioni che non possono essere assunte né dallo Stato né dalle organizzazioni regionali ma necessitano di decisioni globali, accompagnate da una adeguata cooperazione internazionale da parte dei singoli Stati, assumendo particolare rilievo il ruolo assunto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità.

La seconda indicazione è connessa alla disponibilità delle risorse stanziare per fronteggiare la pandemia, che ci porta a interrogarci se nel caso, per i vincoli di bilancio, non sarà possibile garantire un accesso universale a tutti i cittadini al vaccino, il legislatore statale potrà discostarsene⁷³.

produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19, cit., pp. 641-658; A. Giannola, La SVIMEZ sul Quadrilatero ZES nel Mezzogiorno continentale, in Rivista Economica del Mezzogiorno, n. 1-2/2020, pp. 3 ss.

71 *Ex multis* C. De Vincenti, *Mediterraneo e nuovo contesto geoeconomico: un'occasione per i Mezzogiorno*, in G. Coco, C. De Vincenti (a cura di), *Una questione nazionale. Il mezzogiorno da «problema» a «opportunità»*, cit., pp. 33-43.

72 T. Sandler, *Global and regional public goods. A prognosis for collective action*, in *Fiscal Studies*, n. 19/1998, pp. 221-247.

73 Al riguardo si v. *ex multis* D. Mone, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista Aic*, n. 3/2014. La questione dipende anche se la vaccinazione rientri o meno nei LEA. Al riguardo parte della dottrina ritiene che rientrino. Sul punto si v. M. Plutino, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di “diritto fondamentale” tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Diritti Fondamentali*, n. 1/2017, p. 8; D. Morana, *Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in *Diritto e Salute*, n. 4/2017, pp. 48 ss. Perplessità vengono poste da F. Corvaja, *La legge del Veneto sulla sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva: scelta consentito o fuga in avanti del legislatore regionale?*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 1/2008, p. 3, laddove osserva che “un (...) dubbio (...) in relazione al fatto che le vaccinazioni obbligatorie sono ricomprese nei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie di cui al d.P.C.M. del 2001 che fissa i LEA e si direbbero quindi coperte dalla competenza statale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.”.

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.

L'ACCESSO AI TRATTAMENTI SALVA-VITA NELL'ATTUALE CONTESTO EMERGENZIALE E LA DOVEROSA NON MARGINALIZZAZIONE DELLE PERSONE ANZIANE

1. *L'inevitabile selezione dei malati di Covid-19 da curare con trattamenti salva-vita e la scelta della SIAARTI di prevedere un limite di età nell'accesso alle terapie intensive*

Nei primi mesi del 2020 abbiamo assistito alla rapida diffusione dell'epidemia da Covid-19 ed alla conseguente impennata di richieste di ricoveri nei reparti ospedalieri di pneumologia, malattie infettive e terapia intensiva¹.

Di fronte a questa situazione emergenziale, il nostro sistema sanitario ha dovuto riorganizzarsi per cercare di individuare, isolare e curare i pazienti colpiti dalla nuova infezione e per continuare a garantire un'adeguata assistenza medica alle persone affette da altre gravi patologie².

Con gli sforzi organizzativi in parola, che peraltro hanno trovato un serio ostacolo nella limitatezza delle risorse disponibili dovuta al prolungato sotto-finanziamento della sanità pubblica³, sono stati raggiunti dei risultati di un certo rilievo⁴. Non sfugge, infatti, che, grazie a tali sforzi, si è avuto un parziale incremento del personale medico ed infermieristico, sono stati forniti alle strutture ospedaliere i farmaci e le tecnologie necessari per provare a rispondere in modo più adeguato alle esigenze terapeutiche dei soggetti colpiti dal virus e si è riusciti ad aumentare in misura significativa

1 Al riguardo cfr., fra gli altri, G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in "Sist. Pen.", n. 5, 2020, pp. 5-6.

2 Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, in "www.bioetica.governo.it", 9 aprile 2020, p. 3.

3 In proposito cfr., fra i tanti, C. Ciardo, *Il servizio sanitario nazionale alla prova dell'emergenza Covid-19: il rischio di una sanità disuguale*, in "BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto", Special Issue, n. 1, 2020, pp. 227 ss. e A.L. Mandorino, *Diritto alla salute e spesa pubblica in sanità*, in "www.sbilanciamoci.info", pp. 1 ss.

4 Sul punto cfr. G.M. Caletti, *op. cit.*, pp. 5-6.

i posti letto in terapia intensiva da destinare ai soggetti in questione, grazie all'allestimento di nuovi reparti e alla trasformazione di quelli esistenti⁵.

Va, tuttavia, segnalato che, nonostante il raggiungimento di tali risultati, non è stato sempre possibile rispondere alle richieste di cura della totalità dei pazienti e, in varie occasioni, gli operatori sanitari sono stati costretti a selezionare i malati da accogliere nei reparti di terapia intensiva⁶. In altre parole, per l'insufficienza delle risorse disponibili, numerosi medici hanno dovuto scegliere a quali pazienti dare la precedenza nell'accesso ai trattamenti salva-vita e si sono, così, assunti la pesante responsabilità di negare a non poche persone adeguate possibilità di cura⁷.

Il palesarsi di questo drammatico scenario ha sollecitato un ampio dibattito sui criteri di accesso alle terapie intensive che ha coinvolto comitati etici e studiosi di varie discipline⁸ ed ha spinto la Società scientifica di riferimento di anestesisti e rianimatori – la SIAARTI – a pubblicare un documento al riguardo dal titolo *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*⁹.

Con la pubblicazione di tale documento si è cercato di fornire un supporto ai medici che sono in prima linea nella lotta all'epidemia e che, in varie occasioni, sono stati costretti a gestire simultaneamente un numero molto

5 In argomento cfr., fra gli altri, L. Palazzani, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in "BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto", Special Issue, n. 1, 2010, p. 360.

6 Secondo C. Casonato, *Salute ed eguaglianza alla prova dell'emergenza*, in G. De Minico, M. Villone (a cura di), *Stato di diritto – Emergenza – Tecnologia*, in "Consulta OnLine", formato e-book, Milano 2020, p. 121, "si può ritenere che anche una scelta di questo genere possa essere ricompresa all'interno dell'orizzonte di decisioni difficilissime e complesse che, purtroppo, non sono rare in medicina". Sulla tematica in parola cfr., per tutti, G. Calabresi, P. Bobbit, *Scelte tragiche*, Milano 2006.

7 Così G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit., p. 7.

8 Sui vari comitati etici nazionali ed internazionali che sono stati coinvolti nel dibattito in parola cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, 4, nota 3.

9 Il documento in questione è stato pubblicato il 6 marzo 2020 ed è stato redatto da un gruppo di lavoro interno alla SIAARTI composto da Marco Vergano, Guido Bertolini, Alberto Giannini, Giuseppe Gristina, Sergio Livigni, Giovanni Mistralletti e Flavia Petrini. Su quest'importante documento cfr., fra i tanti, F. Ognibene, *Coronavirus. "Ricoveri in terapia intensiva secondo speranza di vita e limiti di età"*, in "Avvenire.it", 7 marzo 2020 e L. Conte, *Covid-19. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in "Federalismi.it", 13 marzo 2020, pp. 2 ss.

elevato di malati con mezzi non sempre adeguati¹⁰. La Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva ha chiarito, infatti, che il principale scopo delle sue raccomandazioni è quello di aiutare i clinici nella scelta dei pazienti da curare con trattamenti salva-vita ed ha precisato che questo aiuto si concretizza nell'individuazione dei più opportuni criteri di accesso alle terapie intensive in un contesto di risorse limitate¹¹.

Nella consapevolezza che la rapida diffusione del virus ha provocato un considerevole incremento dei casi di insufficienza respiratoria acuta e che tale incremento ha determinato un forte squilibrio tra le reali necessità terapeutiche della popolazione e l'effettiva disponibilità di risorse intensive, la SIAARTI ha affermato che le decisioni sull'accesso ai trattamenti salva-vita non possono basarsi solamente su valutazioni di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure, ma devono soprattutto ispirarsi a principi di giustizia distributiva e di corretta allocazione delle risorse¹². A suo giudizio, nell'attuale contesto emergenziale gli operatori sanitari dovrebbero, cioè, privilegiare la maggiore speranza di vita e dovrebbero, quindi, garantire i trattamenti di carattere intensivo anzitutto alle presone colpite dalla nuova infezione che hanno più possibilità di successo terapeutico¹³.

Con le sue raccomandazioni l'organismo rappresentativo degli anestesisti e dei rianimatori ha, dunque, invitato i medici che sono costretti a selezionare i malati da accogliere nei reparti di terapia intensiva a *sacrificare* quei pazienti che hanno minori *chances* di rispondere positivamente alle cure e, per tale ragione, ha sollecitato le strutture ospedaliere a prevedere un limite

10 In tal senso L. De Panfilis, S. Tanzi, M. Costantini, *Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l'etica medica e le cure palliative ai tempi del Covid-19*, in "BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto", Special Issue, n. 1, 2020, p. 447.

11 Cfr. SIAARTI, *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 "www.siaarti.it", p. 3.

12 Cfr. SIAARTI, *op. cit.*, 3. In questa parte del documento si è, poi, fatto presente che ci troviamo in uno scenario che è "sostanzialmente assimilabile all'ambito della 'medicina delle catastrofi', per la quale la quale la riflessione etica ha elaborato nel tempo molte concrete indicazioni per i medici e gli infermieri impegnati in scelte difficili".

13 È chiaro, allora, che per la Società degli Anestesisti e dei Rianimatori è preferibile non seguire un criterio di accesso alle terapie intensive di tipo temporale. Del medesimo avviso risulta essere C. Casonato, *op. cit.*, pp. 123-124, a giudizio del quale in situazioni emergenziali "tale criterio risulterebbe del tutto casuale e non sostenuto da alcun motivo ragionevole, portando a escludere dalle cure i malati che si siano presentati successivamente alla saturazione dei posti letto disponibili".

di età nell'accesso ai trattamenti intensivi¹⁴. A suo avviso, infatti, con una misura di questo tipo le poche risorse esistenti potrebbero essere destinate a chi ha concrete possibilità di sopravvivenza e a chi ha più anni da vivere e potrebbero, quindi, andare a salvaguardare un maggior numero di persone¹⁵.

Nel documento in questione si è, poi, fatto presente che, nella scelta dei malati da curare, bisognerebbe tener conto non soltanto dell'età anagrafica del singolo paziente, ma anche del suo complessivo stato di salute¹⁶ e si è, così, giunti alla conclusione che i primi soggetti da *sacrificare* dovrebbero essere gli anziani particolarmente fragili, il cui ricovero in terapia intensiva sarebbe, oltre tutto, di notevole onerosità per il servizio sanitario¹⁷.

Occorre, tuttavia, ricordare che la SIAARTI ha considerato giustificabile l'applicazione dei suoi criteri di razionamento dei trattamenti salva-vita solo a talune condizioni¹⁸. Non sfugge, infatti che, a suo parere, l'applicazione di tali criteri è ammissibile soltanto se le Unità di crisi e gli organi direttivi dei presidi ospedalieri non siano riusciti ad aumentare la disponibilità di terapie intensive e se il trasferimento di malati in strutture sanitarie dotate di maggiori risorse si sia rivelato impraticabile¹⁹.

È evidente, insomma, che, per la Società degli anestesisti e dei rianimatori, la scelta di chi curare con trattamenti salva-vita potrebbe essere effettuata solo nel caso in cui le risorse intensive siano davvero limitate²⁰. È altrettanto evidente, però, che, a suo giudizio, i medici chiamati a compiere la scelta in questione dovrebbero sempre privilegiare i pazienti con maggiore speranza di vita e dovrebbero, quindi, decidere di non accogliere nei reparti di terapia intensiva le persone anziane, a cominciare da quelle il cui stato di salute sia caratterizzato da una forte vulnerabilità²¹.

14 Cfr. SIAARTI, *op. cit.*, p. 5. Secondo L. Conte, *op. cit.*, p. 7, “il criterio del limite di età per l'accesso alla terapia intensiva trova giustificazione nel decorso insolitamente lungo delle polmoniti da Covid-19” e va inquadrato “all'interno del generale contesto di probabile saturazione totale delle risorse”.

15 Cfr., SIAARTI, *op. cit.*, p. 5.

16 Cfr., SIAARTI, *op. cit.*, p. 5.

17 Su tale scelta v., in senso critico, L. Palazzani, *op. cit.*, p. 364.

18 Cfr. SIAARTI, *op. cit.*, p. 5.

19 In proposito v. C. di Costanzo, V. Zagrebelsky, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, n. 1, 2020, p. 444.

20 Al riguardo v. L. Conte, *op. cit.*, p. 6.

21 Secondo L. d'Avack, *Covid-19: criteri etici*, in “*BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*”, Special Issue, n. 1, 2020, pp. 373-374, è indubbio, allora, che, con le sue raccomandazioni, la SIAARTI ha spinto i medici a riservare i trattamenti di carattere intensivo “a coloro che maggiormente se ne potranno avvantaggiare, nel

2. La grave discriminazione operata nei confronti delle persone ad età avanzata da parte dell'organismo rappresentativo degli anestesisti e dei rianimatori e il diritto degli anziani ad usufruire di un'assistenza sanitaria pienamente efficace

Con le sue raccomandazioni di etica clinica l'organismo rappresentativo degli anestesisti e dei rianimatori ha avuto il merito di rendere noto all'opinione pubblica che molti ospedali del nostro Paese non sono in grado di fornire un'adeguata assistenza sanitaria alla totalità dei pazienti affetti da Covid-19, perché non dispongono di un sufficiente numero di posti letto in terapia intensiva²². È sotto gli occhi di tutti, inoltre, che, con il documento in parola, la SIAARTI ha avuto anche il merito di fornire supporto ai medici che hanno dovuto compiere la difficile scelta di chi curare con trattamenti salva-vita, indicando loro quelli che ha ritenuto essere i più opportuni criteri di accesso alle terapie intensive in un contesto di straordinaria scarsità di risorse²³.

Bisogna, tuttavia, ricordare che la Società degli anestesisti e dei rianimatori ha sollecitato le strutture ospedaliere a garantire i trattamenti di carattere intensivo alle sole persone colpite dal virus che non abbiano raggiunto una certa soglia anagrafica²⁴ e ha, così, operato una vera e propria discriminazione nei confronti dei pazienti anziani, agendo in contrasto con quanto stabilito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale e dal Codice di deontologia medica²⁵.

A tale conclusione si arriva con una certa facilità ove si consideri che l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha vietato ogni forma di discriminazione in ragione dell'età del singolo individuo²⁶

senso di conseguire, sulla base di questo intervento, un maggior numero di anni di vita in condizioni di salute migliore”.

22 Su quest'apprezzabile aspetto delle raccomandazioni della SIAARTI si rinvia a L. Conte, *op. cit.*, p. 4, la quale ha anche osservato che, dopo la pubblicazione del documento in parola, “il tema del dibattito si è spostato sul piano della concreta gestione dell'emergenza sanitaria, con particolare riferimento alla scarsità di postazioni di terapia intensiva rispetto al numero dei soggetti gravemente affetti da Covid-19”.

23 In proposito cfr., fra i tanti, D. Rodriguez, *Dagli anestesisti-rianimatori una difficile presa in carico di responsabilità che merita rispetto*, in “Quotidianosanità.it”, 9 marzo 2020, p. 1 ss. e L. De Panfilis, S. Tanzi, M. Costantini, *op. cit.*, p. 448.

24 Cfr. SIAARTI, *op. cit.*, 5.

25 Per una valutazione critica delle scelte operate dalla Società degli anestesisti e dei rianimatori v. anche L. Palazzani, *op. cit.*, pp. 364-365.

26 In realtà, il principio di non discriminazione previsto da tale articolo ha contorni davvero ampi. Non sfugge, infatti, che, ai sensi dello stesso, è vietata ogni for-

e che l'art. 25 della Carta in questione ha imposto di tutelare le persone anziane che versino in una situazione di particolare debolezza²⁷. E' noto, inoltre, che se l'art. 1, l. n. 833/1978 ha previsto che il nostro servizio sanitario è diretto a promuovere, a mantenere e a recuperare la salute di tutta la popolazione "senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini"²⁸, l'art. 3 del Codice di deontologia medica ha chiarito che, a prescindere dal contesto nel quale opera, il sanitario deve sempre agire a tutela della vita e del benessere psico-fisico di ogni essere umano e non può mai avere una condotta che danneggi il malato per la sua età o per qualsiasi altra sua condizione personale²⁹.

Occorre, poi, sottolineare che, con l'invito ai presidi ospedalieri di non consentire l'ingresso in terapia intensiva ai pazienti affetti da Covid-19 che abbiano superato una certa soglia anagrafica, la SIAARTI ha commesso un errore ancora più grave nel momento in cui non ha tenuto conto del fatto che ogni selezione dei malati da curare che venga effettuata in base all'età non è in linea con il nostro ordinamento costituzionale³⁰.

In realtà, a differenza di quanto è stato previsto nei testi fondamentali di Spagna³¹ e Portogallo³², nella Costituzione del '48 manca un esplicito riferimento alla protezione degli anziani e l'unica sua disposizione che fa

ma di discriminazione che sia fondata "sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

27 Sull'articolo in parola cfr. P.F. Lotito, *Art. 25. Diritti degli anziani*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001, pp. 195 ss.

28 Per una puntuale analisi della legge in parola cfr., per tutti, F. Roversi Monaco (a cura di), *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Milano, 1979.

29 A giudizio di L. d'Avack, *op. cit.*, p. 374, la SIAARTI, discriminando i pazienti anziani, ha agito in contrasto anche con altre disposizioni del Codice di deontologia medica e, in particolare, con quanto previsto negli artt. 2, 6, 8, 32 e 39 del Codice.

30 Come ha opportunamente sottolineato L. Chieffi, *I paradossi della medicina contemporanea*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino 2003, p. 20, ogni razionamento dell'assistenza sanitaria che sia basato sull'età dei pazienti "mette in discussione la tenuta stessa del principio di eguaglianza, senza distinzione di condizioni personali".

31 Cfr. art. 50 Cost. spagnola.

32 Cfr. art. 72 Cost. portoghese.

cenno alle persone ad età avanzata è il secondo comma dell'art. 38, che ha imposto di garantire a tutti i lavoratori mezzi adeguati alle loro esigenze di vita anche in caso di vecchiaia³³.

Chiaramente, la disposizione in parola non esaurisce la tutela costituzionale dell'anziano, perché riguarda solo alcuni soggetti ad età avanzata, vale a dire coloro che svolgono o hanno svolto un'attività lavorativa³⁴. Considerando, però, anche altre previsioni costituzionali, e segnatamente quelle degli artt. 2, 3, 32 e 38, è possibile delineare in modo corretto l'ambito della tutela in questione³⁵. È evidente, infatti, che dalla lettura di tali articoli emerge che l'intero sistema dei valori compreso nel testo fondamentale è diretto alla protezione di ogni persona senza differenze di età³⁶ e che, quindi, la tutela dell'anziano, lungi dall'essere connessa ad una specifica condizione dell'individuo, non è altro che la tutela della persona singolarmente considerata³⁷.

Si può, dunque, affermare che la mancanza di specifiche disposizioni costituzionali dedicate alla terza età non ha inciso sulla tutela degli anziani³⁸ e che il nostro testo fondamentale ha garantito loro un'ampia protezione che si è tradotta anche nel diritto ad usufruire di un'assistenza sanitaria pienamente efficace³⁹.

Alla luce delle previsioni costituzionali e di quanto stabilito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla legge istitutiva del Ser-

33 Sul necessario collegamento tra la disposizione in parola e l'art. 3 della Costituzione cfr. M. Persiani, *Commento all'articolo 38 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna-Roma, 1979, p. 232.

34 Così R. Giampetraglia, *I diritti degli anziani nella legislazione regionale fra programmazione ed organizzazione. Un caso emblematico: la Regione Campania*, in L. Rossi Carleo, M.R. Saulle, L. Siniscalchi (a cura di), *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Napoli, 1997, p. 112.

35 In proposito si rinvia a C. Caricato, *Gli anziani malati cronici, l'assistenza e la sanità: il problema di una lettura effettiva dei soggetti deboli*, in L. Rossi Carleo, M.R. Saulle, L. Siniscalchi (a cura di), *op. cit.*, p. 77 ss. ed a P. Stanzione, *Anziani (assistenza agli)*, in "Enc. Dir.", *Aggiorn.*, V. III, Milano, 1999, pp. 119 ss.

36 Cfr. P. Stanzione, *Le età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in "Riv. dir. civ.", n. I, 1989, pp. 439 ss. e P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in "Rass. dir. civ.", 1990, pp. 85 ss.

37 È chiaro, insomma, che nel nostro ordinamento costituzionale non trova accoglienza l'idea che l'anziano debba essere preso in considerazione o per il fatto di essere uscito dal percorso produttivo o perché non vive più in un nucleo familiare o, ancora, perché versa in una situazione di inabilità.

38 In tal senso G. Lisella, *Rilevanza della "condizione di anziano" nell'ordinamento giuridico*, in P. Stanzione (a cura di), *Anziani e tutele giuridiche*, Napoli, 1991, pp. 72-73.

39 Cfr. E. Bucci, *Etica e mercato nella sanità*, Roma, 1996, p. 74.

vizio Sanitario Nazionale e dal Codice di deontologia medica si può, allora, concordare con chi sostiene che l'organismo rappresentativo degli anestesisti e dei rianimatori non avrebbe dovuto operare alcuna discriminazione nei confronti delle persone anziane e che i medici chiamati a scegliere i malati da curare con trattamenti salva-vita dovrebbero sempre agire nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento che impongono di non marginalizzare l'essere umano per la sua condizione anagrafica o per ogni altra sua caratteristica esteriore⁴⁰.

Va, d'altra parte, segnalato che a queste stesse conclusioni è pervenuto il Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha dedicato al tema dell'accesso alle cure intensive nell'attuale contesto epidemico un documento dal titolo *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*⁴¹. Non si può, infatti, ignorare che nel documento in questione si è ricordato che, anche in situazioni straordinarie, l'allocazione delle risorse sanitarie deve essere in linea con i principi di giustizia, equità e solidarietà che sono previsti in Costituzione e nelle varie Carte dei diritti⁴² e si è fatto presente che, per tale ragione, ogni eventuale selezione dei pazienti da accogliere nei reparti di terapia intensiva non può mai basarsi sulla loro appartenenza ad una categoria di individui aprioristicamente stabilita⁴³.

È chiaro, insomma che, pure a giudizio del Comitato, le strutture ospedaliere dovrebbero sempre garantire ad ogni persona "eguali opportunità di raggiungere il massimo potenziale di salute consentito"⁴⁴ e, se ciò non fosse materialmente possibile per l'oggettiva scarsità di risorse, non dovrebbero mai decidere di non curare un paziente solo per la sua l'età avanzata⁴⁵.

40 Questa posizione è stata espressa, fra gli altri, da L. d'Avack, *op. cit.*, pp. 373-374 e da L. Palazzani, *op. cit.*, pp. 364-365.

41 Tale documento è stato approvato in data 8 aprile 2020 e la sua redazione è stata coordinata dai professori Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d'Avack, Assunta Morrosi, Laura Palazzani e Luca Savarino.

42 Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 5.

43 Al riguardo v. C. Casonato, *op. cit.*, p. 124.

44 Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 5.

45 Per un diverso orientamento v. L. Conte, *op. cit.*, p. 7.

3. *La parziale attenzione del Comitato Nazionale per la Bioetica nei riguardi delle persone anziane e l'auspicabile tutela delle loro fragilità da parte degli operatori sanitari*

Abbiamo osservato che, al pari della SIAARTI, il Comitato Nazionale per la Bioetica si è assunto la responsabilità di indicare agli operatori sanitari il modo più corretto di selezionare le persone da curare con trattamenti salva-vita⁴⁶, ma abbiamo anche segnalato che, a differenza di quanto sostenuto dalla Società degli anestesisti e dei rianimatori, il Comitato in parola ha escluso che i presidi ospedalieri possano riservare l'accesso ai reparti di terapia intensiva ai soli pazienti affetti da Covid-19 che non abbiano raggiunto una certa soglia anagrafica⁴⁷.

A ben guardare, il CNB ha ritenuto doveroso cercare di garantire cure adeguate alla totalità delle persone colpite dal virus ed è giunto a tale conclusione perché, a suo avviso, i principi contenuti negli artt. 2, 3, e 32 della Costituzione rappresentano dei punti di riferimento irrinunciabili per la tutela della salute di ogni individuo anche quando tale tutela “venga promossa in condizioni di criticità estrema come quelle attuali”⁴⁸ e perché la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale ha previsto che ogni trattamento terapeutico debba sempre essere garantito in modo universalistico ed egualitario⁴⁹.

Bisogna, però, considerare che il Comitato si è dimostrato consapevole del fatto che, a causa del prolungato sotto-finanziamento della sanità pubblica⁵⁰, diversi ospedali del nostro Paese non hanno potuto rispondere alle richieste di cura di tutti i malati⁵¹ e, di fronte a questa drammatica situazione, ha deciso di aiutare i medici nella scelta delle persone da trattare con terapie salva-vita, suggerendo loro come agire in aderenza al dato costituzionale ed in conformità ai vari principi fondamentali dell'ordinamento⁵².

A suo giudizio, una corretta selezione dei pazienti da far accedere ai reparti di terapia intensiva non può basarsi sull'età del singolo individuo o su altre caratteristiche personali che lo riguardano, ma deve essere il risultato di una

46 Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 5 ss.

47 Secondo G.M. Caletti, *op. cit.*, p. 10, le argomentazioni del Comitato sono pienamente condivisibili e “si prestano ad essere meglio inquadrare nel contesto giuridico di riferimento rispetto a quelle della SIAARTI”.

48 Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 3.

49 Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 4.

50 In proposito v., fra i tanti, C. Ciardo, *op. cit.*, p. 227 ss. e A.L. Mandorino, *op. cit.*, p. 1 ss.

51 Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 4.

52 Così C. Casonato, *op. cit.*, p. 124.

puntuale valutazione di appropriatezza clinica⁵³. In altre parole, la scelta di chi curare non può dipendere dall'appartenenza del malato ad una determinata categoria di individui, ma deve essere compiuta guardando esclusivamente all'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico del paziente⁵⁴.

Si può, quindi, affermare che, con il suo documento, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha spinto gli operatori sanitari a non tener conto del fattore anagrafico nell'individuazione delle persone alle quali destinare trattamenti salva-vita⁵⁵. Così facendo, ha dimostrato di non voler discriminare gli anziani in quanto tali e ha ribadito questo suo orientamento nel momento in cui ha sottolineato che ai soggetti in parola deve essere garantito il diritto ad una piena assistenza sanitaria anche in situazioni straordinarie come quella che stiamo vivendo⁵⁶.

Pertanto, a differenza di quanto previsto dalla SIAARTI nelle sue raccomandazioni, il Comitato ha escluso che l'accesso ai reparti di terapia intensiva possa dipendere dalla condizione anagrafica del singolo⁵⁷ e, lungi dal ritenere l'età avanzata un fattore decisivo per l'individuazione dei soggetti da trattare, l'ha presa in considerazione solo in ragione della sua correlazione "con la valutazione clinica e prognostica"⁵⁸.

Va, tuttavia, segnalato che l'attenzione del CNB nei confronti delle persone anziane non si è tradotta in una reale tutela della loro salute e ciò risulta evidente ove si consideri che, con il suo parere, ha sollecitato i medici a curare in maniera prioritaria i malati di Covid-19 che hanno maggiori possibilità di guarigione⁵⁹. È del tutto improbabile, infatti, che tra i soggetti in questione possano rientrare gli anziani, perché se è vero che alcuni di essi sono autonomi e vivono in un discreto stato di benessere, è anche vero

53 Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 6.

54 A giudizio del Comitato Nazionale per la Bioetica, gli unici aspetti da considerare in tale contesto sono la gravità della patologia e le concrete possibilità di guarigione. G.M. Caletti, *op. cit.*, p. 10, ha, tuttavia, ricordato che un'altra nozione ampiamente valorizzata dal Comitato nel suo parere è quella dell'attualità ed ha fatto presente che anche tale nozione è una bussola di fondamentale importanza "per calibrare la condotta da adottare".

55 Sulla necessità di utilizzare in modo esclusivo il criterio clinico nella scelta dei malati da curare con trattamenti salva-vita cfr., fra gli altri, L. d'Avack, *op. cit.*, p. 375.

56 Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 3.

57 Sulle previsioni contenute nelle raccomandazioni della Società degli anestesisti e dei rianimatori cfr. L. Conte, *op. cit.*, p. 7.

58 Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 6.

59 Secondo C. Casonato, *op. cit.*, p. 123, in situazioni di grave emergenza è doloroso ma anche necessario "individuare i malati che hanno una maggiore e più rapida possibilità prognostica di guarigione e impiegare le scarse risorse disponibili a loro beneficio".

che la maggior parte delle persone avanti con gli anni è segnata da una forte vulnerabilità dovuta alla compresenza di più patologie croniche ed alla crescente difficoltà di compiere le attività che sono essenziali per condurre una vita indipendente⁶⁰.

Non si può, quindi, ignorare che, al pari dell'organismo rappresentativo degli anestesisti e dei rianimatori, il Comitato nazionale ha invitato le strutture ospedaliere a destinare i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti che hanno più *chance* di sopravvivenza ed ha, così, ritenuto "sacrificabili" gli anziani più deboli e tutti gli altri soggetti fragili⁶¹.

In realtà, questo suo modo di operare non è stato oggetto di particolari critiche e nei vari Paesi che si sono posti il problema di come selezionare le persone da curare sono stati elaborati dei criteri di scelta caratterizzati proprio dalla precedenza data ai malati che hanno maggiori possibilità di guarigione⁶².

Tali circostanze non ci possono, però, far dimenticare che, con le sue scelte, il Comitato non ha mantenuto la promessa di realizzare "un'adeguata ed equa allocazione delle risorse sanitarie"⁶³ e, cosa decisamente più discutibile, non ha operato nel rispetto dei nostri principi fondamentali⁶⁴. Sappiamo bene, infatti, che dal combinato disposto degli artt. 3 e 32 della Costituzione emerge che il diritto all'assistenza sanitaria deve essere riconosciuto agli anziani esattamente come è riconosciuto alla generalità degli individui⁶⁵ e che, di fronte a situazioni di palese debolezza, la Repubblica ha il preciso compito di assicurare l'esercizio del diritto in parola anzitutto a quanti vivono tali situazioni⁶⁶. È noto, inoltre, che la doverosità di un trattamento delle persone ad età avanzata particolarmente attento al loro benessere psico-fisico si evin-

60 Al riguardo cfr., per tutti, U. Senin, A. Cherubini, P. Mecocci, *Paziente anziano, paziente geriatrico e medicina della complessità. Fondamenti di Gerontologia e Geriatria*, Napoli 2010.

61 Sulla *sacrificabilità* degli anziani e degli altri soggetti fragili cfr., in senso critico, L. Palazzani, *op. cit.*, p. 367.

62 Cfr. C. Casonato, *op. cit.*, p. 124.

63 Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 4.

64 Come ha opportunamente ricordato L. d'Avack, *op. cit.*, p. 374, i principi fondamentali del nostro ordinamento impongono di assicurare "pari opportunità di accesso alle strutture sanitarie, così da garantire ad ogni singola persona il rispetto dei medesimi diritti".

65 In proposito v. P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in "Rass. dir. civ.", 1982, p. 1020.

66 Sul punto cfr. C. Casonato, *op. cit.*, pp. 122-123.

ce anche dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁷ ed è prevista dall'art. 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶⁸.

Nell'attesa di una *messa in sicurezza* del Servizio Sanitario Nazionale che restituisca ad ogni individuo il pieno diritto alle cure⁶⁹, dobbiamo, allora, augurarci che i medici non scelgano i malati da trattare sulla base dei criteri di selezione indicati dalla SIAARTI e dal CNB, ma agiscano in coerenza con i principi fondamentali dell'ordinamento, assistendo in modo prioritario gli anziani vulnerabili e tutti coloro che sono maggiormente bisognosi di terapie⁷⁰.

67 A titolo meramente esemplificativo va ricordato che, nella sentenza n. 309/1999, il Giudice delle leggi ha qualificato la salute come valore costituzionale supremo, in quanto ambito inviolabile della dignità di ogni essere umano.

68 Sui contenuti dell'articolo in parola si rinvia a P.F. Lotito, *op. cit.*, pp. 195 ss.

69 Cfr. F. Taroni, *Andrà tutto bene? Come sta funzionando il Servizio Sanitario Nazionale*, in "www.sbilanciamoci.info", p. 1.

70 Cfr. L. Palazzani, *op. cit.*, p. 367.

ANTONIO FUCCILLO

LA LIBERTÀ DI CULTO E LE LIMITAZIONI NEL PERIODO DI EMERGENZA PANDEMICA

“Even in a pandemic, the Constitution cannot be put away and forgotten.

The restrictions at issue here, by effectively barring many from attending religious services, strike at the very heart of the First Amendment’s guarantee of religious liberty”

(Corte Suprema degli Stati Uniti d’America, decisione n. 20A87 del 25 novembre 2020)

1. *Libertà religiosa e restrizioni: un breve sguardo globale*

Si è diffusa l’idea che le restrizioni alla libertà religiosa sofferte dalla popolazione mondiale a seguito della nota pandemia da Covid-19 siano tollerabili e conformi agli ordinamenti giuridici. Può tale affermazione essere assunta come valida in assoluto?¹

Le autorità giudiziarie di tutto il mondo sono intervenute a tutela del diritto di libertà religiosa giudicando eccessive e, talvolta, sproporzionate le disposizioni normative anti-Covid.

Si pensi, ad esempio, alla Francia dove il Consiglio di Stato ha ritenuto il divieto generale e assoluto di riunione nei luoghi di culto disposto

1 Sulla libertà religiosa in tempo di pandemia sia consentito rinviare a A. Fuccillo, M. Abu Salem, L. Decimo, *Fede interdetta? L’esercizio della libertà religiosa collettiva durante l’emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in “Calumet – rivista telematica”, 2020, pp. 87-117; A. Fuccillo, *La religione “contagiata” dal virus? La libertà religiosa nella collaborazione Stato-Chiesa nell’emergenza Covid-19*, in “www.olir.it”; A. Fuccillo, *The «Charter of the New Alliance of Virtue» facing the Covid-19 emergency*, in F. Balsamo, D. Tarantino (a cura di), *Law, Religion and the spread of Covid-19 pandemic*, www.diresom.net, 2020, pp. 115-122.

dalle autorità governative sproporzionato rispetto alla necessità di tutelare la salute pubblica e ha invitato il Primo Ministro ad adottare idonee misure per assicurare un più equo e corretto bilanciamento tra i diversi valori in gioco².

In Germania, la Corte costituzionale ha chiarito che, sebbene il diritto alla vita prevalga sulla libertà religiosa, gravi limitazioni di quest'ultima possono essere accettate solo se contenute entro precisi limiti temporali. In tal modo si garantisce che i provvedimenti limitativi delle libertà individuali e collettive siano costantemente aggiornati e tengano in considerazione l'evoluzione della pandemia. Gli stessi giudici, in una pronuncia successiva, hanno precisato che il divieto posto alle attività culturali deve tenere in considerazione alcune possibili eccezioni: nel caso in cui, ad esempio, la valutazione delle circostanze consentisse di escludere la diffusione del virus dovrebbe essere consentita l'apertura dei luoghi culto³.

Più di recente, la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America (citata in epigrafe), modificando il suo precedente orientamento⁴, ha bloccato le restrizioni imposte all'esercizio pubblico del culto dal governatore dello Stato di New York, ritenendole contrarie al Primo emendamento. Va comunque precisato che ad oggi, negli Stati Uniti, solo dieci stati hanno disposto la chiusura totale dei luoghi di culto. Gli altri stati, invece, hanno previsto solo raccomandazioni o norme di sicurezza per la celebrazione delle funzioni religiose. Le attività culturali sono rientrate, infatti, tra i c.d. *servizi essenziali* e assolutamente necessari per il benessere della persona.

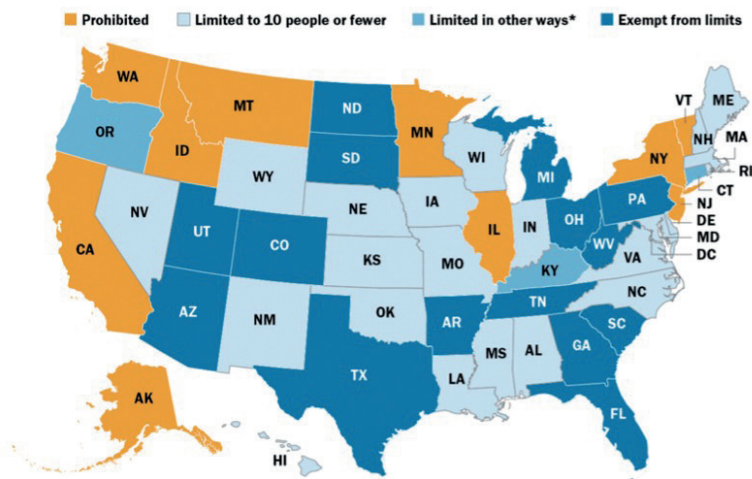
2 A. Licastro, *La Messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*, in "Consulta OnLine", n. 2, 2020, pp. 312 ss.

3 A. Licastro, *Normativa anti Covid vs. Free Exercise Clause nella giurisprudenza della Corte Suprema USA: un ritorno alla dottrina della "neutralità" nell'interpretazione dei principi costituzionali in materia religiosa?*, in "Stato e Chiese", n. 15, 2020, p. 35.

4 Si vedano almeno C. Graziani, *Libertà di culto e pandemia (Covid-19): la Corte Suprema degli Stati Uniti divisa*, in "Consulta OnLine", n. 2, 2020, pp. 357-368; A. Licastro, *Normativa anti Covid vs. Free Exercise Clause*, cit., pp. 34-63.

Most states have religious exemptions to COVID-19 social distancing rules

States where religious gatherings are ...



*Includes states that allow more than 10 people per religious gathering but still limit the number of people allowed to attend.

Source: Pew Research Center analysis of state regulations.

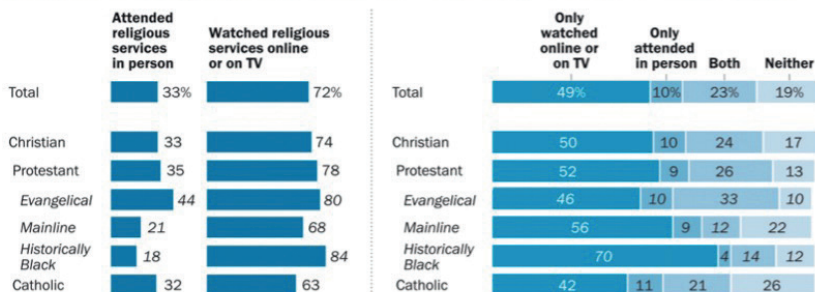
Note: This graphic reflects executive orders in effect on April 24. Montana allowed places of worship to resume services on April 26.

Fonte: *Pew Research Center*

Durante l'emergenza sanitaria, i fedeli hanno subito una compressione del diritto di partecipare ai riti della propria confessione e di sentirsi parte di una comunità più ampia. Essi non possono partecipare ai riti collettivi perché ritenuti potenziali luoghi di contagio, ed al tempo stesso sono state poste limitazioni all'accesso agli edifici di culto, in parte surrogati dal *web*. Tutte le confessioni infatti hanno puntato, oltre che sui tradizionali canali radiotelevisivi, sulla digitalizzazione della fede – predisponendo o ampliando il novero delle *app* religiose – e sulle celebrazioni in *streaming* per consentire ai fedeli di soddisfare i propri bisogni spirituali. Le funzioni religiose virtuali sono state seguite con grande interesse dai fedeli di tutte le confessioni religiose. In uno studio condotto dal *Pew Research Center* è emerso che la partecipazione virtuale dei fedeli probabilmente proseguirà anche dopo il periodo pandemico.

Amid outbreak, online worship much more common than going in person

Among U.S. adults who typically attend religious services at least monthly, % who say in the last month they have ...



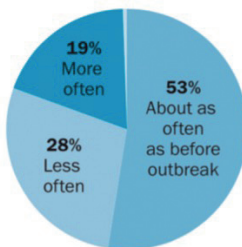
Note: Figures may not add to 100% due to rounding. The survey did not obtain enough interviews with members of non-Christian religious groups who regularly attend religious services to analyze separately. The "neither" column includes those who declined to answer both questions as well as those who said "no" to both questions.

Source: Survey conducted July 13-19, 2020, among U.S. adults.

"Americans Oppose Religious Exemptions From Coronavirus-Related Restrictions"

One-in-five online worshippers say they will watch virtual services more often after pandemic than before it

Among U.S. adults who say they watched religious services online or on TV in the last month, % who say that when the coronavirus outbreak is over, they will watch religious services online or on TV ___ than before the outbreak



Note: Those who did not answer are not shown.

Source: Survey conducted July 13-19, 2020, among U.S. adults.

"Americans Oppose Religious Exemptions From Coronavirus-Related Restrictions"

Fonte: *Pew Research Center*

Anche il mondo musulmano è stato costretto a ripensare i tempi e le modalità della fede, introducendo gravose limitazioni alla libertà di culto. Le autorità religiose hanno giustificato le restrizioni appellandosi al dettato coranico e, in particolare, al principio di sacralità della vita, allo stato di neces-

sità e al principio del beneficio pubblico⁵. In questo senso si sono mossi, ad esempio, il Consiglio degli Emirati Arabi Uniti per le *Fatawa*⁶ e il Consiglio dei sapienti di Al-Azhar che hanno invitato i fedeli a rispettare le decisioni assunte dalle autorità civili al fine di tutelare la salute individuale e collettiva.

A livello statale, l'Arabia Saudita – centro nevralgico della religione islamica – ha sospeso il piccolo pellegrinaggio, chiuso i luoghi sacri, disponendone la sanificazione, e ridotto drasticamente il numero dei fedeli autorizzati a compiere l'*hajj*.

Negli Emirati, come del resto negli altri Paesi a maggioranza musulmana, sono state chiuse le moschee e sospese le preghiere congregazionali. Ciò ha implicato anche un cambiamento nella chiamata alla preghiera dal momento che i muezzin hanno dovuto sostituire la penultima parte dell'*adhan* che recita "*Hayya Alasalah*" (venite a pregare), con "*Al Salat Fi Beyootikum*" (pregate nelle vostre case).

Da ultimo, merita di essere richiamato l'importante documento *A Statement of Solidarity of the New Alliance of Virtue* condiviso da eminenti personalità appartenenti a varie confessioni religiose. Tale dichiarazione nata nell'ambito delle attività del *Forum for Promoting Peace in Muslim Societies*, contiene essenziali richiami alla unità del genere umano, alla solidarietà e alla concordia delle religioni *Abramitiche* nella difesa di ogni "anima"⁷. I leader religiosi firmatari manifestano, infatti, solidarietà e vicinanza a tutti coloro che sono afflitti dall'emergenza pandemica e "*praise those who are making efforts to mitigate its damage, especially the doctors, nurses, and other medical staff on the front lines. We likewise commend scientists and researchers in laboratories and universities, and we pray for their success in finding appropriate medical treatment and developing a vaccine as soon as possible*".

2. Libertà religiosa e normativa antiepidemia: la Fase 1

Con riferimento al caso italiano, è possibile distinguere due fasi: la prima caratterizzata dalla predisposizione di una normativa emergenziale di carattere unilaterale statale dapprima circoscritta alle sole aree interessate dai fo-

5 Sul punto diffusamente M. Abu Salem, *L'Islam italiano e le regole religiose di fronte all'emergenza del COVID-19: "L'avversità si accompagna alla buona sorte"* (Cor 94, 5-6), in "www.olir.it", 2020.

6 *Fatwa* n. 11, 3 marzo 2020.

7 A. Fuccillo, *The «Charter of the New Alliance of Virtue» facing the Covid-19 emergency*, cit., pp. 121-122.

colai e successivamente estesa a tutto il territorio nazionale, la seconda contraddistinta dalla concertazione di apposite misure con le autorità religiose, in linea con il principio di bilateralità pattizia, costituzionalmente sancito⁸.

Per quanto concerne la cosiddetta *Fase 1*, con il d.l. n. 26/2020 recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, si è disposto che: "1. Allo scopo di evitare il diffondersi del Covid-19, [...] le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. 2. Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti: a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; b) divieto di accesso al comune o all'area interessata; c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; d) sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza; e) sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi; f) sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79; [...] j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati; [...] n) sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare; o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni

8 Sulle relazioni tra autorità civili e religiose, in particolare cattoliche, durante le due fasi della pandemia si rimanda a R. Santoro, G. Fusco, *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, Napoli 2020.

o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3".

Detti provvedimenti (art. 3) cioè "le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Salute, sentito il Ministro dell'Interno, il Ministro della Difesa, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale".

Le misure per contrastare il diffondersi del contagio da coronavirus sono state prorogate fino al 13 aprile, ai sensi del dPCM 1° aprile 2020.

Sollecitati dal particolare stato di grave emergenza, sono stati assunti alcuni specifici provvedimenti. Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (d'ora in poi dCPM) dell'8 marzo 2020, il primo tra gli atti restrittivi assunti dal Governo per fronteggiare la gravissima emergenza sanitaria in essere, ha espressamente previsto che: "g) sono sospese tutte le manifestazioni organizzate, nonché gli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo, religioso e fieristico, anche se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico, quali, a titolo d'esempio, grandi eventi, cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati; nei predetti luoghi è sospesa ogni attività" (art. 1), inoltre: "i) l'apertura dei luoghi di culto è condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro di cui all'allegato 1 lettera d). Sono sospese le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri" (art.1).

Il dPCM 9 marzo 2020 (che ha esteso le norme del dPCM 8 marzo 2020 all'intero territorio nazionale) ha poi ulteriormente stabilito (art. 1, c. 2) che "sull'intero territorio nazionale è vietata ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico".

Tra le *FAQs* che compaiono sul sito *web* del Governo, aggiornate al 20 marzo 2020, si legge: "1. Cosa prevede il decreto su cerimonie, eventi e spettacoli? Su tutto il territorio nazionale sono sospese tutte le manifestazioni organizzate nonché gli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo, religioso e fieristico, anche se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico (quali, a titolo d'e-

sempio, cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati). 2. Si può andare in chiesa o negli altri luoghi di culto? Si possono celebrare messe o altri riti religiosi? Fino al 3 aprile sono sospese su tutto il territorio nazionale tutte le cerimonie civili e religiose, compresi i funerali. Pertanto, è sospesa anche la celebrazione della messa e degli altri riti religiosi, come la preghiera del venerdì mattina per la religione islamica. Sono consentiti l'apertura e l'accesso ai luoghi di culto, purché si evitino assembramenti e si assicuri la distanza tra i frequentatori non inferiore a un metro”.

Il d.l. n. 19/2020 ha disposto che per contrastare i rischi sanitari derivanti dal virus SARS-COV-2 (Covid-19 è la patologia) possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, alcune misure tra le quali rientra la sospensione delle cerimonie civili e religiose, limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto (art.1, lett. h)).

Sull'interpretazione dei dCPM e dei decreti-legge è intervenuta la Direzione Centrale degli Affari dei Culti⁹, la quale ha evidenziato che, salvo diversa disposizione delle autorità religiose, non è stata prevista alcuna chiusura dei luoghi di culto. Le celebrazioni liturgiche non “sono di per sé vietate, ma possono continuare a svolgersi senza la partecipazione dei fedeli, per evitare raggruppamenti che potrebbero diventare potenziali occasioni di contagio. Le celebrazioni liturgiche senza il concorso dei fedeli e limitate ai soli celebranti e agli accoliti necessari per l'ufficiatura non rientrano nel divieto normativo, in quanto si tratta di attività che coinvolgono un numero ristretto di persone e, attraverso il rispetto delle opportune distanza e cautele, non rappresentano assembramenti o fattispecie di potenziale contagio che possano giustificare un intervento normativo di natura limitativa”.

La nota, altresì precisa che “analoghe considerazioni possono essere estese ai matrimoni che non sono vietati in sé” dal momento che la norma inibisce le cerimonie pubbliche, civili e religiose, solo al fine di evitare as-

9 Il Ministero dell'Interno – Direzione centrale degli Affari dei culti (prot. 3617, 27 marzo 2020) – ha precisato che le misure adottate per il contenimento dell'epidemia incidono sui diritti costituzionali, ivi compreso il diritto di libertà religiosa. La nota ministeriale ricorda che spetta all'autorità ecclesiastica, nell'ambito della propria sfera di competenze, qualsiasi decisione circa la chiusura o l'apertura degli edifici di culto, precisando che, al verificarsi della seconda opzione, l'ingresso dei fedeli resta subordinato al rispetto delle regole statali – distanza minima tra i fedeli e divieto di qualsiasi forma di assembramento –. L'accesso alle Chiese resta però subordinato alle situazioni di necessità previste all'interno del modello di autocertificazione ministeriale ed è limitato all'edificio di culto situato lungo tale percorso.

sembramenti che siano occasione di contagio virale. Ove dunque il rito si svolga alla sola presenza del celebrante, dei nubendi e dei testimoni – e siano rispettate le prescrizioni sulle distanze tra i partecipanti – “esso non è da ritenersi tra le fattispecie inibite dall’emanazione delle norme in materia di contenimento dell’attuale diffusione epidemica di Covid-19”. Sembra invece addirittura limitato, se non compresso, il diritto alla pietà dei defunti¹⁰.

Ai dPCM è seguita, altresì, la decretazione di urgenza dei Presidenti delle Regioni. Il decreto n. 34/2020 del Presidente della Regione Piemonte, dispone al punto n. 27 che “nei luoghi di culto, seppur aperti, siano sospese le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri. L’accesso è consentito in forma contingentata e nel rispetto delle misure necessarie a garantire la sicurezza interpersonale di 1 metro”. Analogamente, l’ordinanza n. 514/2020, del Presidente della Regione Lombardia ha disposto, al punto n. 22 che “sono aperti i luoghi di culto e sospese le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri. L’accesso ai luoghi di culto è consentito in forma contingentata e nel rispetto delle misure necessarie a garantire la distanza di sicurezza interpersonale di un metro”¹¹.

Il decalogo n. 3796 dell’11 marzo 2020 pubblicato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome prevede che “fino al 3 aprile sono sospese su tutto il territorio nazionale tutte le cerimonie civili e religiose, compresi i funerali. Pertanto, è sospesa anche la celebrazione della messa e degli altri riti religiosi, come la preghiera del venerdì mattina per la religione islamica. Sono consentiti l’apertura e l’accesso ai luoghi di culto, purché si evitino assembramenti e si assicuri la distanza tra i frequentatori non inferiore a un metro”.

L’ordinanza contingibile e urgente del Ministero della Salute d’intesa con il Presidente della Regione Veneto, n. 1/2020, ha disposto la sospensione di qualsiasi manifestazione o iniziativa di eventi in luogo pubblico o privato sia in luoghi chiusi sia aperti al pubblico di natura religiosa.

Non tutti i provvedimenti urgenti delle Regioni italiane hanno unilateralmente limitato, per tutelare la salute pubblica, l’esercizio della libertà di culto. La Regione Marche ha, infatti, inizialmente preferito un intervento concordato con le comunità religiose, rinviando per la sospensione delle

10 *Deorum manium iura sancta sunt*, come ammoniva in epigrafe ai *Sepolcri* Ugo Foscolo, citando il *De legibus* di Cicerone che, a sua volta, si riferiva alle XII Tavole.

11 Sulla medesima scia si colloca anche l’ordinanza sindacale del Comune di Sesto San Giovanni, del 23 febbraio 2020 n. 6, con la quale si dispone la sospensione di tutte “le attività rivolte al pubblico svolte da Parrocchie, oratori, professioni di culto e associazioni culturali e religiose di Sesto San Giovanni”.

funzioni religiose ai provvedimenti delle autorità ecclesiastiche. Nella nota esplicativa dell'ordinanza del Presidente della Giunta n. 1/2020, è previsto che per la celebrazione delle funzioni religiose si rinvia alle disposizioni adottate dai Vescovi delle Marche nonché alle altre eventuali disposizioni adottate dalle altre comunità religiose.

Si tratta, quindi, di una sospensione dei riti religiosi e di una limitazione all'accesso dei luoghi di culto, operata con atti di alta amministrazione basati sull'art. 3, d.l. n. 6/2020, giustificati da una ragione di urgenza-emergenza e motivati in base alla precettività¹² dell'art. 32 Cost. che, come è noto, stabilisce che "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti". Il medesimo articolo poi, per la verità, continua statuendo che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" ed è evidente che la *quarantena* è, seppure a scopo preventivo, un trattamento sanitario obbligatorio; questa però è altra questione, che non interessa ai fini del presente lavoro.

Ciononostante, le autorità ecclesiastiche hanno dimostrato una non comune sensibilità nell'indicare ai fedeli percorsi alternativi di ritualità, ac-

12 Per i primi commenti relativi ai recenti decreti, si veda V. Baldini, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in "dirittifondamentali.it", n. 1, 2020; V. Baldini, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in "dirittifondamentali.it", n. 1, 2020; C. Buzzacchi, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona "gialla"*, in "lacostruzione.info", 2 marzo 2020; G. Azzariti, *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato*, in "LaRepubblica", 8 marzo 2020; M. Pappone, *I rischi di una confusione semantica ai tempi dell'emergenza Coronavirus tra Decreti legge, ordinanze, DPCM e Circolari*, in "Ius in itinere", 18 marzo 2020; M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in "federalismi.it", n. 6, 2020; M. Noccelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in "federalismi.it", n. 6, 2020; L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in "federalismi.it", n. 6, 2020; G. De Giorgi Cezzi *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività?*, in "federalismi.it", n. 6, 2020; F. Francario, *L'emergenza Coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in "federalismi.it", n. 6, 2020; B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in "federalismi.it", n. 6, 2020; F. Petrini, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e costituzione in senso materiale*, in "Nomos", n. 1, 2020; G. Stegher, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in "Nomos", n. 1, 2020; M. Mandato, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in "Nomos", n. 1, 2020.

cestando le limitazioni imposte dai Governi, ben consapevoli dei rischi di diffusione del Covid-19¹³.

Al fine di tutelare la salute pubblica, i *leader* religiosi hanno agito in un duplice senso, invitando i fedeli a rispettare le norme poste dallo Stato e modificando, laddove possibile, lo svolgimento di alcune attività di culto. Attraverso tali iniziative, si è di fatto riempito di nuovo valore il principio di cooperazione Stato-Chiesa in difesa della salute dei cittadini-fedeli. Certamente le limitazioni alla libertà di culto sono state particolarmente sofferte dagli appartenenti ai tre monoteismi *tradizionali* data la concomitanza della c.d. *Fase I* con alcune ritualità che costituiscono un momento centrale non soltanto nella vita dei singoli fedeli ma anche nel rafforzamento dei legami comunitari. Si pensi in tal senso alla celebrazione del *Purim* e della Pasqua ebraica, al *Ramadan* o, ancora, ai riti della Pasqua. A tal proposito, la Congregazione per il culto divino ha modificato il Triduo pasquale vietando, ad esempio, la lavanda dei piedi nella Messa in *coena Domini* e ha annullato le processioni e le altre *espressioni di pietà popolare* che solitamente si accompagnano alla celebrazione della Pasqua rinviandole ad “altri giorni convenienti, ad esempio il 14 e 15 settembre”.

In aggiunta, le religioni, avvertita la gravità del momento, hanno invitato i fedeli a dimostrare il loro credo attraverso atti concreti di solidarietà. La Chiesa cattolica, attraverso i propri organismi, ha attivato un’importante rete di protezione sociale, ha inoltre contribuito in modo rilevante in campo economico e in quello dell’assistenza spirituale ai numerosi malati colpiti dall’epidemia, come peraltro dimostra il sacrificio di oltre 100 sacerdoti. Le Diocesi italiane, per far fronte all’emergenza epidemiologica, hanno messo a disposizione le proprie strutture per accogliere medici, infermieri, persone in quarantena e senza dimora.

Allo stesso modo, la Tavola valdese ha avvertito la responsabilità di contribuire all’impegno diretto a fronteggiare la crisi sanitaria, sociale ed economica prodotta dal diffondersi del virus Covid-19 e ha deciso di istituire un Fondo speciale destinato all’emergenza in corso.

3. La libertà religiosa aggregata e le sue eventuali limitazioni nella Costituzione della Repubblica

Al di là delle riflessioni sulla opportunità sociale e politica di tali provvedimenti che possono essere formulate dall’opinione pubblica, il giurista

13 Sul punto diffusamente A. Fuccillo, M. Abu Salem, L. Decimo, *op. cit.*

deve domandarsi altro. Occorre, cioè, chiedersi se tali provvedimenti siano legittimi, quali sono le corrette modalità operative per lo svolgimento di culti religiosi, ed eventualmente se vi sono dei correttivi da apportare e di quale misura¹⁴. Il tutto deve essere rapportato anche al piano della libertà personale che è comunque il “quadro in cui si deve leggere la tensione costituzionale rivolta alla religione, che tocca innanzitutto un piano relazionale tra le persone (orizzontale) e poi anche un livello istituzionale (verticale) che coinvolge sia i rapporti delle persone con le autorità civili sia di queste con quelle confessionali”¹⁵.

Le vicende al centro della presente indagine forniscono l'occasione per testare la tenuta e il livello di tali *tensioni* costituzionali. È bene ricordare che ove sono possibili limitazioni delle libertà con atti di autorità, la Costituzione lo prevede espressamente. L'art. 17 Cost., infatti, in tema di “adunanze” precisa che la pubblica autorità può vietarle per “comprovati motivi di sicurezza o d'incolumità pubblica”. Tale indicazione manca nel dettato dell'art. 19 Cost.

È necessario allora rifarsi in via principale all'impianto normativo che regge la disciplina del fenomeno religioso nel nostro ordinamento giuridico.

La libertà religiosa è insita nello statuto ontologico dell'essere umano. L'universo dei credenti infatti ha il diritto di esercitare il proprio culto in forma individuale e associata, di partecipare ai riti della propria religione, di manifestare la propria fede. Tale libertà è garantita dalle Carte costituzionali di moltissimi Paesi del mondo, e dalle grandi carte internazionali dei diritti (ad es. art. 9 CEDU).

L'art. 19 della Costituzione italiana recita che “tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume”¹⁶. Tale nor-

14 Per i primi commenti della dottrina ecclesiasticistica sugli effetti della pandemia sul diritto di libertà religiosa è possibile consultare i siti www.olir.it e www.diresom.net che hanno predisposto delle apposite sezioni, costantemente aggiornate, che raggruppano documenti e commenti, e i contributi apparsi su www.statoechiese.it.

15 P. Consorti, *Diritto e religione*, Bari 2020, pp. 37-38.

16 Sull'art. 19 Cost. la bibliografia è vasta. In questa sede è possibile tuttavia richiamare G. Catalano, *Il diritto di libertà religiosa*, Milano, 1957; P. Fedele, *La libertà religiosa*, Milano, 1963; A.C. Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1979; P.A. D'Avack, voce *Libertà religiosa (diritto ecclesiastico)*, in “Enc. Dir.”, XXIV, Milano, 1974; L. Musselli, voce *Libertà religiosa e di coscienza*, in “Dig. disc. pubbl.”, IX, Torino, 1994; S. Ferrari, *L'art. 19 della Costituzione*, in “Pol. dir.”, 1996, pp. 97-107; C. Cardia, voce *Religione (libertà di)*, in “Enc. Dir.”, II, Milano, 1998; P. Di Marzio, *Contributo allo studio del diritto di libertà*

ma disciplina contenuti e modalità di esercizio della libertà di religione, e garantisce a tutti (cittadini e non cittadini) il diritto di esercitare in forma individuale e associata il proprio culto in pubblico e in privato, con il solo limite dei riti contrari al buon costume.

L'ampia formulazione della norma è indice dell'importanza che da sempre il diritto di libertà di religione riveste nella Costituzione che lo annovera tra i diritti fondamentali. Il dettato dell'art. 19 Cost., poi, ben si combina con l'art. 8, c. 1, Cost., che riconosce a tutte le confessioni religiose eguali spazi di libertà e ai loro fedeli eguale dignità nel compiere qualsiasi atto di culto.

È largamente diffusa l'opinione in dottrina che nella formulazione del testo letterale della norma costituzionale si è volutamente evitato qualsiasi esplicito riferimento all'ordine pubblico, a escludere che in qualsiasi modo il legislatore ordinario potesse intervenire nel limitare l'esercizio della libertà religiosa. La Carta riconosce la particolare natura della libertà religiosa proprio quale diritto fondamentale dell'uomo e, quindi, in alcun modo limitabile se non nei riti contrari al buon costume, concetto legato al tempo in cui si vive e perciò condizionato da fattori antropologici piuttosto che politici. Occorre infatti avvertire che quando si parla di diritto di libertà religiosa non si esaurisce il campo ancora più vasto della *libertà religiosa* in quanto comprimerla in un diritto compiuto equivale un poco a limitarla¹⁷. Essa è infatti più ampia e ricomprende comportamenti e ritualità che addirittura non sempre sono di stretta pertinenza del diritto.

Le limitazioni all'esercizio della libertà religiosa sono pertanto sottratte al *potere politico* e di conseguenza agli atti normativi da quest'ultimo prodotti, siano essi leggi ordinarie o atti amministrativi, sia a livello nazionale sia a livello regionale e locale. Si può senza dubbio affermare che la libertà religiosa non è un diritto comprimibile.

Tra gli aspetti che caratterizzano, sotto il profilo giuridico, il diritto di libertà religiosa, è bene sottolineare – ai fini della presente indagine – che la norma costituzionale (art. 19) è costruita su alcuni valori di base:

religiosa, Napoli 2000; S. Ferlito, *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale*, Napoli 2002; P. Lillo, *Libertà religiosa*, in S. Cassese, M. Catenacci (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano 2006; M. Ricca, voce *Art. 19*, in A. Celotto, M. Olivetti, R. Bifulco (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, V. I, Torino 2006; C. Mirabelli, voce *Religione (libertà di)*, in "Il diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore", Milano 2007, pp. 246-256; A. Guazzarotti, voce *Art. 19*, in V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, V. Pacillo, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Milano 2012.

17 M. Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo 2012.

a) “Tutti hanno il diritto di professare la propria fede religiosa”. Si riconosce ad ogni individuo, chiunque esso sia, il diritto di professare la propria fede religiosa senza, peraltro, alcun condizionamento confessionale e senza legarlo ad alcuna appartenenza a gruppi religiosi. Chiunque può quindi riferirsi ad un proprio credo, compiere atti di culto, esercitare i propri riti che non devono in alcun modo essere riferibili a ritualità conosciute od a confessioni religiose riconosciute come tali. È una libertà dei singoli, piena e non comprimibile in stereotipi già preconfezionati, o conformati al costume sociale della maggioranza;

b) “in qualsiasi forma individuale o associata”. Si riconosce pienamente il diritto ad esplicitare la propria religiosità sia in privato, cioè con il compimento di atti di culto individuali percepibili all'esterno oppure meramente interiori, che in forma associata partecipando a riti collettivi. In tale previsione è anche pienamente riconoscibile il favor dell'ordinamento verso l'associazionismo religioso, in ossequio anche alla generale libertà di associarsi prevista nell'art. 18 Cost., e del divieto di discriminazione contenuto nell'art. 20 Cost.

Tale previsione va poi direttamente collegata al riconoscimento della *libertà di coscienza*, ovvero al generale riconosciuto diritto ad essere *se stessi*. Ciascuno, in virtù del proprio credo religioso, ha la possibilità di seguirne i precetti attraverso l'esecuzione di condotte in obbedienza alle prescrizioni della propria fede e alle norme del diritto confessionale. La Costituzione riconosce, quindi, il diritto di *pensare* ma anche quello di *condotta* che è di fondamentale percezione per un giurista. L'appartenenza di fede porta quest'ultimo a esercitare scelte che si ripercuotono nell'alveo giuridico, economico e sociale. Il rispetto delle osservanze può anche condurre a conflitti di lealtà con l'ordinamento secolare, conflitti che non è sempre semplice risolvere. Le obiezioni di coscienza garantite dai più evoluti sistemi giuridici si collocano proprio in tale ambito, garantendo ai fedeli il diritto di disobbedienza civile in ossequio al diritto (quivi riconosciuto e tutelato) di credere e osservare. Assodato che un tale diritto è pienamente riconosciuto dalla Carta è evidente che il suo esercizio va comunque commisurato agli altri tutelati al medesimo livello, mentre in alcun modo sembra limitabile la *libertà di coscienza* garantita a ciascun individuo;

c) di “esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume”. Tale parte dell'art. 19 Cost. si riferisce essenzialmente al compimento degli atti di culto, ancorché già ricompresi nella dizione di cui al precedente punto b).

La norma intende proteggere la ritualità religiosa, riconosce cioè il diritto a esercitare sia in privato che in pubblico i riti della propria religione. È

chiaro che i costituenti avevano l'idea dei riti delle confessioni di matrice *giudaico-cristiana* presenti nelle tradizioni del popolo e dai più percepiti come tali. Il solo limite imposto del “buon costume” testimonia infatti l'idea di svincolare da qualsiasi limitazione di “ordine pubblico” l'impeachment ai riti religiosi. Si è voluto evitare che norme di polizia o comunque amministrative potessero in alcun modo impedire l'esercizio dei riti religiosi¹⁸. Si è infatti concordi nel differenziare le adunanze religiose da quelle di altro genere regolate dall'art.17Cost.

Se si pensa, ad esempio, alle *processioni*, alle feste patronali, alle messe all'aperto, alla commemorazione dei defunti, si comprende che tali riti avrebbero potuto facilmente subire compressioni legate, ad esempio all'utilizzazione di spazi pubblici. Il limite del “buon costume” quindi si riferisce a riti che, in qualche misura, ledano la sensibilità della popolazione nel momento storico in cui si verificano. Nella attuale società multireligiosa le ritualità confessionali sono mutate in senso plurale. La formulazione ampia della norma assicura l'ombrello protettivo a ogni rito di qualsiasi culto, con il solo limite sopra segnalato. Si pone tuttavia un problema di temperamento tra le manifestazioni religiose

18 Sul punto si consenta il rinvio al volume A. Fuccillo, *Diritto, religioni e culture*, Torino 2019, pp. 35-36. La dottrina è concorde nel ritenere che il concetto di buon costume coincida con quello previsto dall'art. 21, per il quale sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni che siano ad esso contrarie (in tal senso C. Cardia, voce *Religione (libertà di)*, in “Enc. Dir.”, II, Giuffrè, Milano, 1998. La Corte costituzionale, nella sentenza del n. 9/1965, ha evidenziato che il buon costume “non può essere fatto coincidere con la morale o la coscienza etica [...], ma risulta da un insieme di progetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori, sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge e del sentimento morale dei giovani, aprendo la via al mal costume, con la possibilità di comportare anche la perversione dei costumi, il prevalere cioè di regole e comportamenti contrari e opposti”. A tal riguardo, occorre evidenziare che “l'uso di una perifrasi negativa non è casuale ed ha connotazioni ed implicazioni fortemente garantiste. Dire che un comportamento o un rito non deve essere contrario al buon costume non significa che esso debba essere necessariamente conforme ad esso. Questa indispensabile precisazione spinge a suffragare un'interpretazione restrittiva del limite in questione, che esclude la possibilità di intendere l'espressione ‘buon costume’ presente negli artt. 19 e 21 Cost. secondo gli *standard* semantici rintracciabili nell'ambito della legislazione civile e penale. Parrebbe quindi priva di fondamento un'interpretazione del testo costituzionale volta ad identificare nel limite del buon costume il dovere di svolgere riti rispettando un generico e non meglio precisato livello di correttezza sociale”, in tal senso M. Ricca, *op. cit.*, p. 149.

delle minoranze e la sensibilità dei luoghi che le ospitano, anche con gli eventuali rischi di concomitanza, e per gli effetti che le medesime causano nell'economia produttiva. La presenza di tante religioni con i loro riti (anche all'aperto e collettivi) che reclamano spazio pone problemi enormi in tema di lavoro e di sicurezza pubblica e, a oggi (in modo più evidente) anche di sanità.

Nella concreta celebrazione del rito non può darsi luogo ad atti contrari al pudore sessuale o a manifestazioni ingiuriose nei confronti di persone o istituzioni statali, proprio come non sarebbero ammissibili cerimonie rituali comprendenti pratiche aberranti (ad esempio il sacrificio di animali, le pratiche ipnotiche dirette a privare i partecipanti della loro libertà di coscienza). In questi casi, l'intervento repressivo sarà pienamente lecito e dovrà commisurarsi alle specifiche manifestazioni dei singoli atti.

Particolari problemi, legati anche al bilanciamento dei valori costituzionali, suscitano i riti religiosi che si svolgono all'esterno dei tradizionali luoghi di culto, ossia in luoghi pubblici o aperti al pubblico, ossia i riti "*en-plein-air*"¹⁹. Questi sono espressione diretta della libertà religiosa, tuttavia potrebbero confliggere con altri diritti costituzionalmente garantiti, quali, ad esempio il diritto al riposo e il diritto alla salute. La libertà religiosa del singolo può subire delle (limitate) restrizioni per motivi di sicurezza pubblica, di protezione di diritti altrui e della salute pubblica, nonché per la tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento.

19 I riti religiosi che si svolgono in spazi pubblici sono comuni a molte confessioni religiose e sono espressione delle tradizioni culturali di un determinato popolo. Ne costituiscono un chiaro esempio alcuni riti collettivi come il *Presepe Vivente* oppure le processioni, intese come cerimonia liturgica che prevede per i partecipanti il compimento di un determinato percorso e che al contempo costituisce un omaggio di devozione verso la divinità e un'esaltazione del sentimento religioso-sociale del gruppo, il quale dal suo procedere ordinato spesso con canti, danze o gesti ritmici e con vesti e distintivi uniformi sente potenziata la sua unione religiosa. Per gli Induisti, ad esempio, vi sono particolari usanze espressioni di una cultura in cui la religione è il tessuto permanente della vita del singolo e della società, si pensi infatti alla preparazione di dolci particolari per ogni ricorrenza, alle pratiche di purificazione seguite nell'ambito familiare, agli spettacoli e rappresentazioni teatrali. In molte parti d'Italia, gli indiani Sikh organizzano le proprie feste religiose. Un lungo corteo si snoda per le vie della città, aperto da un carro adornato di fiori su cui si siedono gli anziani. Segue lo spargimento dei petali che precede il passaggio dei sacri libri e dei religiosi in preghiera. I fedeli, lungo il percorso, come da tradizione offrono cibo e bevande ai passanti. Ritualità caratteristiche fanno parte anche della religione musulmana. Durante la giornata del Sacrificio, i fedeli festeggiano, pregano e sgozzano capretti, agnelli e montoni.

Sul punto è intervenuto il T.A.R. della Lombardia, con la sentenza n. 1003/2019²⁰, la quale ha precisato che in assenza di ragioni ostative di ordine pubblico e di moralità pubblica, il Comune non può negare ad una comunità religiosa un'area pubblica ove poter svolgere le feste religiose.

Con riferimento, ad esempio, ai suoni e agli schiamazzi provenienti dai riti “*en-plein-air*”, la giurisprudenza ritiene sussistenti gli estremi della contravvenzione di cui all'art. 659 c.p. in tutti quei casi in cui si verifica un concreto pericolo di disturbo che superi i limiti di normale tollerabilità, la cui valutazione deve essere effettuata con criteri oggettivi riferibili alla sensibilità media delle persone, che normalmente vivono nell'ambiente circostante. Alcuni episodi di cronaca legati al terrorismo di matrice religiosa inoltre hanno sollecitato ancora di più il contrasto tra esercizio collettivo alla ritualità religiosa e protezione dell'ordine pubblico. Divieti e restrizioni relativi all'accesso a luoghi di culto definiti come *sensibili* ed a particolari abbigliamento, hanno trovato la loro giustificazione giuridica nella prevenzione di atti terroristici. Non devono però sfuggire al giurista attento ai valori costituzionali di base i rischi legati a una prevalenza di norme di emergenza a volte di grado secondario sui principi di tutela della persona umana e dei suoi valori.

La formulazione dell'art. 19 Cost. segna il passaggio dalla stagione delle concessioni statali delle libertà (diritti pubblici soggettivi) a quello dell'inserimento delle grandi libertà nell'alveo della generale tutela dell'essere umano, cioè della centralità della persona nell'intero quadro dei diritti disegnato dalla Carta costituzionale. Tale dispositivo si atteggia quale *norma di riconoscimento* non della libertà di religione, che è insita in ogni essere umano, ma delle modalità di esercizio di essa che appaiono ampie, ma che certamente vanno commisurate anche alle altre libertà inserite nella Carta. Il mosaico si completa se si aggiungono le norme contenute nelle Dichiarazioni internazionali dei diritti come, ad esempio, l'art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e l'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

Si può quindi affermare che la libertà religiosa non è un diritto limitabile, ma è comprimibile in alcune sue manifestazioni nel rispetto delle regole dell'ordinamento costituzionale, con precisi vincoli temporali e con

20 T.A.R. Milano, sez. I, sentenza n.1003/2019, in “Foro Italiano”, n. 11, 2019, p. 613, il quale ha altresì evidenziato che “il diritto di riunione per attività di culto (nella specie, per attività di culto islamico) ha radice nel diritto di riunione garantito dall'art. 17 Cost.”.

provvedimenti basati su reali esigenze di necessità ed urgenza a tutela di altrettanti valori costituzionalmente protetti come, appunto, la salute.

4. *Le limitazioni al culto collettivo per emergenza sanitaria e la gerarchia delle fonti*

I provvedimenti restrittivi della libertà religiosa aggregata sono stati assunti con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, fondati sul disposto del d.l. n. 6/2020. Come precisato in apertura, il dPCM 8 marzo 2020, all'art. 1, ha sospeso tutte le manifestazioni organizzate, nonché gli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere culturale e religioso anche se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico. Nell'ambito di applicazione di tale norma rientrano indubbiamente anche i riti "*en-plein-air*", i quali comportano l'aggregazione di molte persone nello stesso luogo rendendo difficile, se non addirittura impossibile, il rispetto delle misure di sicurezza imposte, e favorendo il contagio tra i partecipanti²¹.

Sulla base di quanto *supra* affermato occorre domandarsi se sia possibile sospendere la libertà religiosa per decreto-legge, e se siano possibili ulteriori limitazioni della stessa con un dPCM seppure adottato in ossequio a detto atto normativo primario, nonché a un generale potere di regolamentazione concesso al Presidente del Consiglio dei Ministri dalla l. n. 400/1988 emendata con d.lgs. n. 303/1999.

Non vi è dubbio che al Presidente del Consiglio dei Ministri "spetta un potere regolamentare compatibile con le proprie funzioni di direzione e responsabilità della politica generale del Governo. Tale potere si pone il fine del perseguimento dell'unità d'indirizzo politico e amministrativo, e di promozione e coordinamento dell'attività dei Ministri, che gli conferisce l'art. 95, c. 1°, Cost. e che il d.lgs. n. 303/1999 specifica all'art. 2, c. 2°. Al Consiglio dei Ministri spetta il restante potere normativo"²².

21 Durante la fase iniziale della pandemia, alcune notizie di cronaca hanno presunto che sia stata proprio una festa religiosa ad aver favorito il contagio tra i cittadini di Vallo del Diano in provincia di Salerno. I primi giorni di marzo alcuni fedeli si erano radunati in quanto appartenenti ad una comunità che pratica il cammino neocatecumenale, un percorso religioso durante il quale i fedeli si radunano per la lettura del Vangelo, la catechesi, la celebrazione eucaristica e la distribuzione dell'ostia. L'articolo completo è disponibile al sito *web* www.corrieredelmezzogiorno.corriere.it.

22 O. Roselli, *La riforma della Presidenza del Consiglio dei Ministri: problematiche inerenti alle fonti del diritto*, in "Osservatorio sulle fonti", 1999, pp. 45-68.

Il d.lgs. n. 303/1999, in ogni caso, risolve senza ombra di dubbio il problema della sussistenza di un potere regolamentare del Presidente del Consiglio dei Ministri: lo fa quando, dopo aver previsto, in capo ad esso, un ampio potere di decretazione in materia di autonomia organizzativa (art. 7), contabile e di bilancio (art. 8), nonché di gestione del personale della Presidenza (art. 9), prevede che per detti decreti non è applicabile “la disciplina di cui all’art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400”. Quindi, *a contrario*, ciò significa che vi sono dPCM che necessitano dell’iter procedurale richiesto per i regolamenti. Sembra farsi preferire la tesi che ravvisa in tali dPCM un chiaro esempio di ordinanza contingibile, dettata cioè da ragioni di gravità e urgenza e che trova nella tutela della salute pubblica la sua primaria ragione giustificatrice, sia sul piano normativo sia sotto il profilo politico, come atto cioè di alto indirizzo politico.

Le ordinanze di necessità e urgenza sono provvedimenti amministrativi a contenuto atipico, emanati da organi monocratici del Governo o delle Autonomie locali in situazioni di emergenza che richiedono un intervento immediato e indilazionabile (urgenza) e alle quali non si possa adeguatamente far fronte con mezzi ordinari (necessità)²³. Le ordinanze di necessità e urgenza possono essere emanate dal Presidente del Consiglio dei Ministri o, per sua delega, ai sensi dell’art. 5, l. n. 225/1992, per l’attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza a seguito di calamità naturali o connesse con l’attività dell’uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d’intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari; dal Sindaco quale ufficiale del Governo, nonché dal Prefetto in caso d’inerzia del Sindaco, ai sensi dell’art. 54 d.lgs. n. 267/2000; dal Prefetto, ai sensi dell’art. 2, R.D. n. 773/1931 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), in caso di urgenza o grave necessità pubblica, se indispensabili per la tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza pubblica; dal Ministro della Salute, dal Presidente della Giunta regionale o dal Sindaco, in caso di emergenze sanitarie e di igiene pubblica, ai sensi dell’art. 32, l. n. 833/1978 e dell’art. 117, d.lgs. n. 112/1998; dal Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione “all’urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell’ambiente e del patrimonio culturale

23 Sul punto si veda diffusamente V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, in “Dir. pubbl.”, 2007, p. 360; G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in “Dir. amm.”, n. 1, 2016, p. 33; A. Negrelli, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana*, in “Foro Amministrativo TAR”, n. 9, 2012, p. 3009.

o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche”, ai sensi dell’art. 50, c. 5, d.lgs. n. 267/2000 (come modificato dal d. l. n. 14/2017, convertito in l. n. 48/2017).

Tali provvedimenti, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale, devono essere adottati nel rispetto di determinati presupposti tra i quali, appunto, la conformità ai principi generali dell’ordinamento giuridico e, primariamente, ai principi costituzionali. Secondo la Corte costituzionale “il potere di ordinanza può essere legittimamente esercitato entro un duplice ordine di limiti: a) non può essere in contrasto con le norme costituzionali e con i principi generali dell’ordinamento; b) non può intervenire in materie coperte da riserva assoluta di legge”²⁴.

I principi costituzionali e fondamentali dell’ordinamento giuridico, tra i quali sono compresi anche quelli di derivazione europea, costituiscono dunque il limite del potere di ordinanza. Essi possono essere individuati in quei criteri informativi dell’intero ordinamento giuridico dello Stato, i quali sono anzitutto enunciati nella Costituzione (es. principio di democrazia, di solidarietà, di eguaglianza)²⁵.

I provvedimenti di necessità e urgenza devono essere proporzionati rispetto alla finalità perseguita.

24 Corte costituzionale, sentenza n. 26/1961. Con riferimento al rispetto di tali principi, la Corte precisa che le ordinanze, “dovunque tali principi siano espressi, o comunque essi risultino precisamente, non possano essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell’ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria”. Tale limite è costantemente ripreso dalla giurisprudenza amministrativa. L’esercizio di poteri contingibili e urgenti comprende la facoltà di adottare tutti i provvedimenti giudicati indispensabili per fronteggiare la situazione di crisi, anche in deroga alle disposizioni vigenti e con il solo limite della osservanza dei precetti costituzionali e dei principi fondamentali ai quali si ispira l’ordinamento giuridico, quando incide autoritativamente sui beni patrimoniali o su attività economiche dei soggetti privati chiamati a far fronte all’emergenza. Sul punto, fra tutte, si veda la sentenza del Cons. St., sez. IV, n. 5799/2011.

25 Sul punto si veda F. Satta, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in “Enc. Giur.”, XXII, 1990 secondo cui “non tutte le norme della Costituzione hanno il valore e la portata di principi generali dell’ordinamento: al contrario, questo significato è riservato a poche fra esse, collocate nei luoghi più vari della Carta costituzionale. Solo queste norme, in quanto principi generali dell’ordinamento, e non già in quanto norme di rango costituzionale, si pongono come limiti invalicabili, più ancora che inviolabili, al potere di ordinanza”.

La Corte costituzionale richiama il principio di proporzionalità, affermando che, per essere legittime, le ordinanze devono essere proporzionate alla concreta situazione da fronteggiare e che, pertanto, debba intercorrere “un rapporto di proporzionalità tra la portata dell’evento cui far fronte e il contenuto dei provvedimenti: tra le misure adottate e la qualità e la natura degli eventi deve sussistere un nesso di congruità e proporzione”²⁶. La pubblica amministrazione non può dunque imporre straordinari obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria alla tutela del pubblico interesse che l’autorità è tenuta a perseguire, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all’obiettivo da realizzare, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile²⁷. La lesione degli interessi del singolo cittadino da parte di una ordinanza legittima (in quanto proporzionata) è un sacrificio ammissibile solo ove sia contenuto entro precisi limiti temporali (e, comunque, necessari) e sia diretto a tutelare prevalenti interessi della collettività. È bene sottolineare come le libertà costituzionali siano protette da una riserva di legge assoluta. È possibile temporaneamente restringerle (ad esempio art. 16 Cost.), attraverso il rispetto del controllo parlamentare²⁸.

La compressione della libertà religiosa costituisce un impegnativo banco di prova per la tenuta giuridica delle *ordinanze contingibili* anche se, per il caso che ci occupa, sono state poi recepite nel d.l. n. 19/2020, e successiva proroga però con dPCM del 1° aprile 2020. Si diffonde quindi l’idea che la tutela della salute pubblica sia sempre, e in ogni caso, prevalente rispetto a qualsiasi libertà garantita dalla Costituzione, come sembra peraltro evincersi dal decreto del Consiglio di Stato n. 1553/2020. Il corretto bilanciamento dei valori costituzionali è un campo ben arato dagli studiosi del rapporto tra diritto e religioni, basta riferirsi ad esempio alla nota questione dei trattamenti sanitari salvavita e il loro rifiuto per ragioni fideistiche.

La natura di libertà fondamentale della prima nel quadro costituzionale dei diritti impone all’interprete di trovare un difficile equilibrio tra necessità evidente di un intervento dell’autorità a tutela di un bene pubblico (la salute) e la limitazione di un diritto di libertà. Non è certamente mai comprimibile la libertà religiosa individuale, cioè quella che riguarda l’esercizio privato di atti di culto. Diverse sono invece le considerazioni in merito agli atti di culto collettivi e alla libertà delle confessioni religiose

26 Corte costituzionale, sentenza n. 127/1995.

27 Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2087/2006.

28 Si vedano le lucide considerazioni di M. Ainis, *Meglio distante che latitante*, in “LaRepubblica”, 19 marzo 2020, p. 34.

di promuoverli in particolari circostanze. Le temporanee limitazioni poste dai citati dPCM alla libertà di religione e di culto collettivo rispondono al principio di proporzionalità e sono, altresì, necessarie a contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e a tutelare la salute collettiva. La riunione di più persone per l'esercizio di pratiche di culto, anche se in uno spazio aperto, potrebbe infatti essere un potenziale momento di contagio tra i partecipanti.

Alla luce dei principi esposti dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, deve ritenersi ammissibile una compressione dei diritti fondamentali purché essa sia proporzionata e necessaria a far fronte all'evento improvviso e sia riservata a uno specifico (limitatissimo) arco temporale, come peraltro già *supra* anticipato. Tale limitazione può riguardare le adunanze religiose, i comportamenti alimentari, le regole per l'abbigliamento²⁹. Esse possono andare a comprimere, quindi, il diritto dei singoli di vivere secondo le regole della propria fede, cioè il diritto a essere propriamente se stessi, di qui la necessità che tali vincoli siano chiaramente inquadrati nella loro esatta possibile dimensione giuridica, individuandone i confini e la loro massima estensione possibile.

Pertanto, se il bilanciamento dei valori costituzionali in gioco tra diritto alla salute e libertà religiosa rende certamente possibile la compressione del diritto alla ritualità collettiva, ma solo se contenuta in un limite spazio-temporale ben definitivo e certamente non eccessivamente lungo, e nel rispetto rigoroso della gerarchia delle fonti del diritto.

5. La Fase 2: protocolli sanitari, zone rosse ed arancioni

La c.d. *Fase 2* si è aperta all'insegna di un intenso dialogo istituzionale con le confessioni religiose, al fine di consentire la graduale ripresa delle attività di culto collettive nel pieno rispetto delle misure di sicurezza necessarie a fronteggiare l'epidemia da Covid-19.

Nel corso della seduta della Camera dei Deputati n. 335 del 6 maggio 2020 è stata approvata la proposta emendativa n. 1.50, la quale modifica l'art. 1 d.l. n. 19/2020, della lett. h-bis). L'emendamento dispone l'adozione di "protocolli sanitari d'intesa con la Chiesa cattolica e con le confessioni

29 Ragioni di salute pubblica possono ad esempio vietare il consumo di alcuni cibi, oppure imporre particolari abbigliamenti come ad esempio l'obbligo della mascherina che pone problemi di compatibilità con alcuni vestiti religiosi.

religiose diverse dalla cattolica per la definizione delle misure necessarie ai fini dello svolgimento delle funzioni religiose in condizioni di sicurezza”.

Nel rispetto del principio di bilateralità sancito agli artt. 7 e 8 Cost., lo Stato e le confessioni religiose devono infatti cooperare proficuamente per la definizione di un protocollo sanitario operativo che favorisca la ripresa delle celebrazioni religiose collettive³⁰.

Il 7 maggio 2020 è stato firmato il protocollo sanitario tra la Conferenza Episcopale Italiana e lo Stato italiano che ha individuato le misure di sicurezza che le autorità religiose dovranno adottare durante i riti cattolici. Il documento riduce la partecipazione alle celebrazioni dei ministri di culto, i quali sono in ogni caso tenuti ad osservare le distanze di sicurezza. È consentita, tuttavia, la presenza di un solo cantore e di un solo organista, adeguatamente distanziati. Lo scambio del segno di pace deve essere omesso e la distribuzione della comunione da parte del ministro di culto potrà avvenire solo dopo aver igienizzato le mani e indossato i guanti, evitando in ogni caso di toccare le mani dei fedeli. I partecipanti alla funzione religiosa sono tenuti ad indossare idonei dispositivi di protezione delle vie respiratorie e devono mantenere le distanze interpersonali di almeno un metro.

La necessità di provvedere alla redazione di protocolli *ad hoc* è stata fortemente avvertita anche dalle tradizioni religiose acattoliche. Le misure di contenimento del contagio influiscono inevitabilmente sulle ritualità religiose e, pertanto, devono essere oggetto di specifici accordi con le confessioni religiose, non potendo lo Stato italiano interferire nelle materie di loro esclusiva competenza.

Al fine di agevolare il lavoro degli organi ministeriali, gli altri protocolli sanitari sono stati definiti con le rappresentanze unitarie di organizzazioni e confessioni afferenti alla medesima tradizione religiosa. Il 15 maggio lo Stato italiano ha sottoscritto il Protocollo con le Comunità ebraiche italiane, con le Chiese Evangeliche, Protestanti, Anglicane, con le Comunità Ortodosse, con le Comunità Induista, Buddista (Unione Buddista e Soka Gakkai), Baha'i e Sikh, con le Comunità Islamiche e con la Comunità della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni³¹. È in ogni caso salva la possibilità, come prospettata anche dall'emendamento sopra citato, di successivi e maggiormente ponderati protocolli operativi con le singole confessioni religiose nonché di modifiche di quelli già stipulati in

30 Tale necessità era stata evidenziata nel comunicato pubblicato dai docenti dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", il 29 aprile 2020.

31 Il testo dei protocolli è disponibile al sito *web* <https://www.interno.gov.it/it/notizie/dal-18-maggio-funzioni-religiose-alla-presenza-popolo>.

base all'andamento dei contagi, previa approvazione del Comitato Tecnico Scientifico.

Con una nota indirizzata al Ministero dell'Interno del 29 giugno 2020, la Conferenza Episcopale Italiana ha richiesto la possibilità per i familiari conviventi di partecipare alle celebrazioni religiose evitando il distanziamento di sicurezza e la riammissione della presenza dei cantori. Su tale quesito si è espresso il Comitato Tecnico – Scientifico nella riunione del 10 agosto 2020³², prevedendo che “sulla base degli attuali indici epidemiologici, è possibile la reintroduzione dei cori e dei cantori, i cui componenti dovranno mantenere una distanza interpersonale laterale di almeno 1 metro e almeno 2 metri tra le eventuali file del coro e dagli altri soggetti presenti. Tali distanze possono essere ridotte solo ricorrendo a barriere fisiche, anche mobili, adeguate a prevenire il contagio tramite *droplet*. L'eventuale interazione tra cantori e fedeli deve garantire il rispetto delle raccomandazioni igienico-comportamentali ed in particolare il distanziamento di almeno 2 metri. Durante lo svolgimento delle funzioni religiose, non sono tenuti all'obbligo del distanziamento interpersonale i componenti dello stesso nucleo familiare o conviventi/congiunti, parenti con stabile frequentazione; persone, non legate da vincolo di parentela, di affinità o di coniugio, che condividono abitualmente gli stessi luoghi e/o svolgono vita sociale in comune”.

La Direzione Centrale degli Affari dei Culti del Ministero dell'Interno ha inoltre precisato che le circolari emanate, pur essendo state formulate sulla base di quesiti posti Conferenza Episcopale Italiana, devono ritenersi applicabili anche alle altre confessioni religiose.

Il dPCM 3 novembre 2020, in seguito all'innalzamento della curva dei contagi, ha introdotto nuove restrizioni che si applicano su base regionale. Le Regioni italiane sono state catalogate in zone gialle (rischio epidemiologico basso), arancioni (rischio epidemiologico medio) e rosse (rischio epidemiologico alto).

Nelle Regioni che si collocano in uno “scenario di tipo 3” e con un livello di rischio “alto” (zone arancioni) è previsto, all'art. 2, c. 4 del citato dPCM, il divieto di ogni spostamento in entrata e in uscita dai territori regionali, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute (lett. a)) e il divieto di spostamento con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un co-

32 Verbalen. 100 del 10 agosto 2020 del Comitato Tecnico Scientifico, pp. 15-16, disponibile al [link](http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-sanitario/emergenze/coronavirus/verballi-comitato-tecnico-scientifico-coronavirus) <http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-sanitario/emergenze/coronavirus/verballi-comitato-tecnico-scientifico-coronavirus>.

mune diverso da quello di residenza, domicilio o abitazione, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di studio, per motivi di salute, per situazioni di necessità o per svolgere attività o usufruire di servizi non sospesi e non disponibili in tale comune (lett. b)). È, invece, consentita la libertà di circolazione all'interno del territorio comunale.

All'art. 3, c. 4, nelle Regioni che si uno “scenario di tipo 4” e con un livello di rischio “alto” (zone rosse) è previsto il divieto di spostamento in entrata e in uscita dai territori regionali, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute.

Nel citato dPCM, l'esercizio della libertà di religione e di culto non è stata oggetto di limitazioni dirette. All'art. 1, c. 9, è previsto, per l'intero territorio nazionale, che “l'accesso ai luoghi di culto avviene con misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro” (lett. p)) e che “le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1, integrato con le successive indicazioni del Comitato tecnico-scientifico, a 7” (lett. q)).

La lettura combinata degli artt. 1, 2 e 3 del dPCM non è esente da dubbi interpretativi. Per l'esercizio delle attività religiose è, infatti, necessario che il fedele e/o il ministro di culto si sposti dalla propria abitazione (o in alcuni casi dal Comune di residenza, abitazione o dimora) per recarsi presso il proprio edificio di culto. Tali spostamenti *religiosamente motivati* potrebbero, infatti, essere impediti nelle zone arancioni e rosse per effetto delle limitazioni sopra riportate.

È possibile ritenere che i ministri di culto possano liberamente circolare tra le Regioni e i Comuni per l'esercizio delle proprie funzioni sia nelle zone rosse che nelle zone arancioni. I protocolli con le confessioni religiose acattoliche stabiliscono, infatti, che “i ministri di culto possono svolgere attività di culto ed eccezionalmente spostarsi anche oltre i confini della Regione, sempre che ricorrano le motivazioni previste dalla normativa vigente e nel rispetto di quanto previsto in tema di autocertificazione, corredata altresì dalla certificazione dell'ente di culto o della confessione di riferimento”.

Sorgono invece maggiori perplessità per gli spostamenti dei fedeli. La mobilità dei fedeli tra i territori comunali nelle c.d. zone arancioni, deve ritenersi consentita qualora nel Comune di residenza, abitazione o domicilio non sia previsto un luogo di culto della confessione religiosa

di appartenenza. In tal caso è opportuno che i fedeli siano muniti di auto-certificazione dalla quale emerga chiaramente lo spostamento per motivi religiosi. Con riferimento alla mobilità tra Regioni, l'esigenza di recarsi in un luogo di culto della confessione di appartenenza (ove questo non sia presente nella Regione di residenza o dimora) può rientrare tra le c.d. situazioni di necessità.

Nelle c.d. zone rosse, gli spostamenti *religiosamente motivati* dei fedeli tra i territori comunali, nel territorio del Comune e tra Regioni, secondo le *FAQs* predisposte dal Governo³³, sarebbero consentiti solo per “raggiungere il luogo di culto più vicino a casa, intendendo tale spostamento per quanto possibile nelle prossimità della propria abitazione. Possono essere altresì raggiunti i luoghi di culto in occasione degli spostamenti comunque consentiti, cioè quelli determinati da comprovate esigenze lavorative o da necessità, e che si trovino lungo il percorso già previsto, in modo che, in caso di controllo da parte delle forze dell'ordine, si possa esibire o rendere la autodichiarazione prevista per lo spostamento lavorativo o di necessità”.

Tale previsione pregiudica fortemente le confessioni religiose che hanno una minore diffusione sui territori comunali e/o regionali dei propri luoghi di culto. Ciò impone inevitabilmente ai fedeli uno spostamento maggiore, talvolta anche oltre i confini del Comune, per raggiungere il luogo di culto della propria confessione religiosa.

Lo spostamento per motivi religiosi del fedele deve rientrare tra le c.d. situazioni di necessità. Non può ritenersi ammissibile che il fedele, per recarsi nel luogo di culto “non in prossimità della propria abitazione”, debba giustificare lo spostamento con altre esigenze. La “situazione di necessità” è infatti legata al soddisfacimento di bisogni primari della persona, irrinunciabili e non procrastinabili, tra i quali devono poter rientrare a pieno titolo le esigenze legate alla spiritualità di ciascun individuo. Tali esigenze devono poter essere soddisfatte senza ulteriori ed ingiustificate limitazioni. Allontanarsi dalla propria abitazione per raggiungere un luogo di culto e pregare, nel rispetto delle misure anti-contagio, non costituisce alcun pericolo alla salute pubblica. Tale comportamento può essere anzi valutato positivamente, in quanto contribuisce per il benessere psicofisico della collettività, la quale è messa a dura prova dalle stringenti limitazioni della libertà personale³⁴.

33 Le *FAQs* sono disponibili al link http://www.governo.it/it/articolo/domande-frequenti-sulle-misure-adottate-dal-governo/15638?gclid=Cj0KCQIAzZL-BRDnARIsAPCJs70luxk0n6SPJiC-B865RkFbR5Xv9gKpSCgnUf0c5KPkdhstDms3jAaAuTZELw_wcB.

34 Sul punto si veda A. Fuccillo, M. Abu Salem, L. Decimo, *op. cit.*, p. 103.

6. *Brevi note conclusive*

Di fronte all'emergenza dettata dalla pandemia le confessioni religiose hanno risposto sin da subito con un grande senso di responsabilità nel solco della loro tradizione. Occorre però prudenza giuridica nell'evitare che la *fede sospesa* possa trasformarsi in una *fede interdetta*. La libertà religiosa dei singoli e dei gruppi può plasmarsi e adattarsi nel bilanciamento con altri diritti fondamentali dell'essere umano, ma non può mai del tutto arretrare o peggio scomparire³⁵.

L'emergenza sanitaria non deve alterare il tracciato delineato dalla Costituzione. Essa riserva al fenomeno religioso una particolare attenzione e tutela, differenziandolo e qualificandolo da altri fenomeni sociali. Il primo corollario che discende dalla Carta in tale ambito è proprio la non sottoposizione delle religioni al potere politico, così come in alcun modo vi deve essere la sottoposizione del potere politico a quello religioso. L'autonomia e l'indipendenza di cui godono le confessioni religiose e, in modo più marcato la Chiesa cattolica, nel nostro ordinamento è un segno di grande civiltà giuridica in quanto impedisce che la religiosità dei credenti possa essere indirizzata, veicolata e in qualche misura condizionata dall'ordinamento civile, cioè dall'indirizzo che a questo assegna il potere politico in un determinato contesto storico. Diverso è, ovviamente, l'inevitabile rispetto che tutti i consociati devono alle leggi (conformi alla Costituzione) che vincolano tutti, fedeli o meno che siano, e la necessaria laicità delle istituzioni e delle norme giuridiche. Le quali, però, non possono incidere negli spazi assegnati dalla Costituzione alle confessioni religiose e comunque nel pieno rispetto del principio pattizio che la Carta ha costruito (art. 7, c. 2, Cost.; art. 8, c. 3, Cost.).

35 Sul punto diffusamente A. Fuccillo, M. Abu Salem, L. Decimo, *op. cit.*

MARIA D'ARIENZO

LA RILEVANZA DEI VALORI ETICO-RELIGIOSI NELLA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19*

1. *Il dilemma etico ai tempi della pandemia da Covid-19*

Uno degli effetti più tangibili che la pandemia da Covid-19 ha prodotto in molti ambiti è la gravosità del dilemma delle scelte.

La preminenza assegnata alle esigenze di tutela della salute assume una dimensione specifica in ambito sanitario, dove la decisione in ordine alle *scelte giuste* coinvolge delicati equilibri tra scienza, coscienza professionale e coscienza personale.

In questa ottica, acquista rilievo particolare l'analisi degli strumenti di procedimentalizzazione dei criteri di selezione dei pazienti da ammettere alle cure rappresentati dalle indicazioni di buone prassi, linee guida, raccomandazioni etiche prodotte in ambito sanitario in diverse realtà ordinali proprio in relazione alla *responsabilità della scelta* che investe il personale sanitario nel suo concreto operare specificamente nelle situazioni di emergenza.

I parametri individuati secondo i principi di appropriatezza della cura e di previsione statistica, su base di evidenza scientifica, della maggiore speranza di vita o ancor più di durata della vita stessa costituiscono indubbiamente un supporto di carattere tecnico nel processo decisionale del personale sanitario in caso di limitate disponibilità di risorse che impongono la necessità di selezione dei pazienti da curare.

Sebbene siano di carattere tecnico, tali indicazioni assumono rilevanza anche sul piano deontologico in quanto parametro di giustificazione della scelta in termini di efficacia clinica ed efficienza organizzativa tesa alla massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone. In situazioni di emergenza sanitaria, la predeterminazione tecnico-scientifica dei

* Le riflessioni del presente contributo sono state anticipate in "Scienza e coscienza ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid-19" in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 22, 2020.

criteri selettivi dei pazienti da curare prioritariamente, contenuta nelle indicazioni delle disposizioni, linee guida o raccomandazioni, è finalizzata ad orientare il comportamento clinico anche in funzione dell'appropriata allocazione delle risorse limitate, riducendo la variabilità soggettiva nel processo decisionale.

Di seguito, dopo una preliminare disamina di alcune linee guida, disposizioni o raccomandazioni prodotte in diversi ordinamenti, si intendono evidenziare i punti di maggiore contrasto tra i parametri di accesso alle terapie intensive indicati in tali documenti ed i valori etici e le convinzioni religiose che possono influire sulle scelte del personale sanitario anche in situazioni di emergenza, onde evidenziare la possibile configurabilità di ipotesi di applicazione, in casi specifici, della *clausola di coscienza*.

Come noto, la possibilità per il personale sanitario di dare rilievo alle opzioni di valore etico o religioso nell'esercizio della propria professione in deroga agli obblighi normativi con esse confliggenti è espressamente garantita dalle disposizioni legislative per le ipotesi riconosciute di obiezione di coscienza¹.

1 Sul tema dell'obiezione di coscienza, tra i diversi studi ecclesiasticistici, si rinvia a P. Consorti, *Obiezione, opzione di coscienza e motivi religiosi*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Milano, 1991, pp. 251-265; A. Guarino, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992; G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993; R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994; V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli 2009; M. Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino 2010, pp. 174-185; L. Musselli, C.B. Ceffa, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Torino 2017; F. Freni, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Milano 2000. Sull'obiezione di coscienza e il biodiritto, cfr. P. Consorti, *Diritto e Religioni. Basi e prospettive*, Bari-Roma 2020, pp. 394-392. Sull'obiezione di coscienza nell'ambito delle prestazioni sanitarie cfr. G. Di Cosimo, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. Di Cosimo, A. Pugiottio, S. Sicardi (a cura di), *La libertà di coscienza*, Napoli 2015, pp. 26 ss.; F. Cembrani, G. Cembrani, *L'obiezione di coscienza nella relazione di cura*, Torino 2016; S. Talini, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in C. Colapietro, M. Atripaldi, G. Fares, A. Iannuzzi (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità: esperienze a confronto. Atti del Convegno Internazionale, Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza 5 e 6 aprile 2017*, Napoli 2018, pp. 403-424; C.B. Ceffa, *Gli irrisolti profili di sostenibilità sociale dell'obiezione di coscienza all'aborto a quasi quarant'anni dall'approvazione della legge 194 sull'interruzione volonta-*

D'altro canto, le stesse norme del Codice di deontologia medica, così come del Codice deontologico delle professioni infermieristiche consentono al personale sanitario di invocare la "clausola di coscienza"² per giustificare il proprio rifiuto nell'esecuzione di prestazioni in contrasto con i propri convincimenti, non solo tecnico-scientifici, ma anche valoriali, nelle ipotesi anche non espressamente previste dal legislatore. Al contrario, dalla lettura delle diverse disposizioni, linee guida e raccomandazioni etiche sembra potersi desumere che nella situazione emergenziale da Covid-19 siffatti *diritti della coscienza*, di natura etica e religiosa del personale sanitario siano del tutto pretermessi da qualsiasi previsione.

In altri termini, pur nell'apprezzabile sforzo diretto alla gestione dell'emergenza attraverso l'emanazione delle indicazioni di criteri selettivi in esame, tese anche a limitare la responsabilità individuale del medico rispetto alla tragicità delle scelte³, si è trascurata la possibilità di ricercare, in tempi di pandemia, la configurabilità di uno spazio entro cui assicurare al personale sanitario di dare rilievo ai propri convincimenti etico-religiosi, privilegiando in tal modo una tra le prospettive etiche possibili. Come si cercherà di argomentare nel prosieguo, sembrerebbero tuttavia astrattamente individuabili delle soluzioni in grado di consentire un contemperamento tra la tutela della coscienza e la tenuta di un sistema sanitario a rischio di saturazione.

ria della gravidanza, in "Osservatorio AIC", n. 1, 2017; C. Gagliardi, *Eguaglianza delle libertà e obiezione di coscienza*, in "Diritto e Religioni", n. 1, 2018, pp. 187-198. La possibilità di un riconoscimento giurisprudenziale dell'obiezione di coscienza, pur in mancanza di una previsione espressa della legge, è sostenuta da D. Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Bagno a Ripoli (Firenze), 2011, pp. 263 ss.; M. Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano 2014, pp. 122 ss.

2 La *clausola di coscienza* è prevista all'art. 22 del Codice di deontologia medica del 2014, aggiornato al 2020 e all'art. 6 del Codice deontologico delle professioni infermieristiche del 2019. In quest'ultimo, all'art. 34 si prevede il dovere per il personale infermieristico di segnalazione agli organi competenti e l'attivazione di proposte di soluzioni alternative in caso di contrasto delle attività clinico assistenziali, gestionali e formative con *principi e valori*, nonché le norme professionali. Seppure in riferimento alla possibilità di obiezione dei farmacisti alla vendita di farmaci abortivi, il ruolo supplente delle *clausole di coscienza* attribuibile al Codice di deontologia medica è sostenuto in dottrina da D. Paris, *op. cit.*, p. 287.

3 G. Calabresi, P. Bobbit, *Scelte tragiche*, Milano 2006.

2. *Le Raccomandazioni di etica clinica della Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) del 6 marzo 2020*

Il 6 marzo 2020, all'indomani della crescente diffusione dell'epidemia da Covid-19 in Italia, la *Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva* (d'ora in poi SIAARTI), attraverso l'emanazione di apposite *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*, indicava ai medici rianimatori degli orientamenti etici per gestire l'ammissione dei pazienti in gravi condizioni ai trattamenti intensivi nel caso di insufficienza delle risorse erogabili.

Nell'ambito di valutazioni tipiche della "medicina delle catastrofi"⁴, la SIAARTI riteneva che l'*escalation* di contagi da coronavirus potesse delineare uno scenario in cui si sarebbe resa necessaria l'adozione di "criteri di accesso alle cure intensive (e di dimissione) non soltanto strettamente di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure, ma ispirati anche a un criterio il più possibile condiviso di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate"⁵.

Tra le *Raccomandazioni di etica clinica* veniva espressamente contemplata quella concernente la possibile fissazione di un limite di età all'ingresso dei pazienti nei reparti di terapia intensiva⁶. Al criterio meramente anagrafico veniva affiancato un complementare criterio di *resource consuming* del servizio sanitario, che comportava una maggiore difficoltà di accesso per gli anziani e pazienti con un quadro clinico tale da non lasciar prevedere un concreto e duraturo successo terapeutico, in considerazione pertanto di una minore speranza di vita o della presumibile maggior durata della loro degenza rispetto a soggetti clinicamente più sani⁷.

4 Per approfondimenti sul concetto di *medicina delle catastrofi e delle grandi emergenze* si rinvia a J.P. Massue, *Ethics and Disaster Medicine. Fundamental Concepts*, in J. de Boer, M. Dubouloz (a cura di), *Handbook of Disaster Medicine*, Amsterdam 2000, pp. 462 ss.; E. Sgreccia, *Manuale di Bioetica: aspetti etico-sociali*, V. II, Milano 2006, specialmente pp. 406 ss.; C. Marco, R. Schears (a cura di), *Ethical Dilemmas in Emergency Medicine*, Cambridge 2015.

5 Le *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 della SIAARTI sono consultabili al seguente link: <https://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>.

6 *Ivi*, n. 3.

7 *Ivi*, n. 4.

Le *Raccomandazioni di etica clinica*, inoltre, invitavano gli operatori sanitari a verificare con attenzione l'eventuale presenza di volontà precedentemente espresse dai pazienti attraverso eventuali DAT (Disposizioni Anticipate di Trattamento), come regolamentate dalla l. n. 219/2017, anche in considerazione delle più recenti applicazioni giurisprudenziali⁸.

Com'è chiaramente espresso nelle *Raccomandazioni di etica clinica* pubblicate dalla SIAARTI, la predeterminazione di orientamenti utili ai fini dell'individuazione dei soggetti da ammettere prioritariamente alle cure, oltre che per ragioni di "giustizia distributiva" e di "appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate", è stata effettuata proprio allo scopo "di sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi" oltre che "di rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di loro straordinaria scarsità"⁹.

Il documento elaborato da parte della società scientifica SIAARTI non risulta integrato nel sistema nazionale di linee guida poiché, allo stato, non

- 8 Sul tema occorre osservare che la l. n. 219/2017 non ha riconosciuto al personale medico il diritto di rifiutarsi, per ragioni di coscienza, di ottemperare alle DAT precedentemente e validamente espresse dal paziente. Non a caso, di recente, la giurisprudenza di merito (Tribunale di Tivoli) ha ritenuto colpevole del reato di violenza privata il personale medico che ha eseguito trasfusioni di sangue ad una paziente Testimone di Geova, sebbene la donna, poi deceduta, avesse preventivamente espresso opposte indicazioni terapeutiche nelle DAT, in conformità ai precetti della sua fede religiosa. Sul tema delle DAT nella l. n. 219/2017 si rinvia, *ex plurimis*, ad A. Palma, *Finis vitae. Il biotestamento tra diritto e religione*, Capua 2018; M. Mainardi (a cura di), *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino 2018; nonché B. de Filippis, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole del rapporto medico-paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova 2018. Per rilievi critici sulla legge cfr. G. Azzoni, *Una legge formalmente (semanticamente) inutile e sostanzialmente (pragmaticamente) pericolosa*, in "Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose, www.olir.it", XV, n. 1, 2018, 30 gennaio 2018; E. Canale, I. Del Vecchio, *La (mancanza di) una clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*, in "Giurisprudenza penale Web. Questioni di fine vita", 1 bis, 2019, pp. 1-22; C. Gagliardi, *La legge n. 219 del 22 dicembre 2017: obiezione di coscienza o autonomia professionale del medico?*, in "Il diritto di famiglia e delle persone", XLVIII, n. 3, 2019, pp. 1433-1443; A. Licastro, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte Costituzionale*, in "Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)", n. 14, 2019.
- 9 Così SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica*, 6 marzo 2020, p. 3, lett. A), consultabili al link: <https://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20%20Covid19%20%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>.

è pubblicato sul sito dell'Istituto Superiore di Sanità ai sensi dell'art. 5, c. 3, l. 24/2017¹⁰ e, pertanto non è dotato di un carattere di vincolatività. Può tuttavia essere considerato uno strumento di supporto al personale clinico delle strutture ospedaliere sia dal punto di vista etico, al fine di alleviare la gravosità della scelta concreta dei pazienti da ammettere o non ammettere alle cure di terapia intensiva, sia dal punto di vista *tecnico*, per limitare la responsabilità professionale del medico che opera in situazioni di emergenza sanitaria¹¹. In questo senso, il carattere non vincolante del documento non si traduce nella sua irrilevanza giuridica, potendo porsi diversamente quale parametro di riferimento in sede di responsabilità medica e in rapporto al risarcimento del danno nelle fattispecie, soprattutto in caso di esclusione di determinati pazienti dalle cure di terapia intensiva, di volta in volta considerate.

In relazione al documento della SIAARTI occorre tuttavia sottolineare che nella seduta plenaria dell'8 aprile 2020 il *Comitato Nazionale di Bioetica*, con apposito parere, ha espressamente affermato che, ai fini delle operazioni di *triage* pandemico “riconosce che è il criterio clinico il più adeguato punto di riferimento, ritenendo che ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a com-

10 G.M. Fares, *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamenti*, in G. Carpani, G.M. Fares (a cura di), *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Torino 2017; C. Ingenito, *Le raccomandazioni SIAARTI del 6 marzo 2020: una nuova occasione per riflettere sul rapporto tra scienza e diritto*, in “Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione”, n. 2, 2020, pp. 1-23, specialmente pp. 9 ss. Sulla rilevanza giuridica delle linee guida, cfr. C. Buccelli, *La rilevanza delle linee guida nella determinazione della responsabilità medica. Le novità introdotte dalla legge Balduzzi, le problematiche connesse, i tentativi di risoluzione*, in “Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)”, n. 2, 2016, p. 663; P. Ziviz, *Linee guida e responsabilità civile*, in L. Ventre (a cura di), *Linee guida e buone pratiche, implicazioni giuridiche e medico-legali. Cosa cambia nella sanità*. Seminario della Scuola di Specializzazione di Medicina legale dell'Università di Trieste e Udine, 25 novembre 2016, consultabile all'indirizzo: <http://www.sicve.it/wp-content/uploads/2017/02/linee-guida-e-buone-pratiche.pdf>; M.G. Caletti, I. Cavicchi, C. Scorretti, L. Ventre, P. Ziviz (a cura di), *Responsabilità e linee guida. Riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, Udine 2018.

11 Sulla responsabilità civile del personale sanitario e dell'ente ospedaliero impegnato nelle operazioni di *triage* di pazienti affetti da Covid-19 in maxiemergenza per necessità di razionamento delle risorse, cfr. A. Pisu, *Diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del Covid-19*, in “BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto”, Special issue, n. 1, 2020, pp. 399-414.

portamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile”¹².

Le reazioni critiche alle *Raccomandazioni di etica clinica*, soprattutto in riferimento all'età quale fattore discriminante nella priorità di accesso alle cure di terapia intensiva, sono difatti indirizzate sostanzialmente alle ragioni che nel documento giustificano i criteri indicati, quali l'utilizzo più efficiente delle risorse, se utilizzate per un periodo più breve per un paziente con maggiore speranza di vita, rispetto ad un paziente più anziano e vulnerabile. Un approccio che appare ispirato ad una logica di impronta utilitarista che, sebbene indicato per le situazioni di maxiemergenza, potrebbe rischiare di imporsi quale parametro di giustificazione delle scelte anche nelle situazioni non emergenziali¹³.

3. I criteri selettivi di accesso ai reparti di terapia intensiva in Svizzera, Quebec (Canada) ed Alabama (USA)

Se l'indicazione del *fattore età* quale criterio selettivo presente nel documento della SIAARTI, pur essendo condiviso anche da altri documenti diffusi in diverse realtà ordinamentali¹⁴, appare ancora minoritario nel panorama europeo, ancora più problematici dal punto di vista etico sono i criteri indicati dall'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche e, soprattutto, i protocolli adottati in Quebec (Canada) e Alabama (USA) per fronteggiare la possibile carenza di posti disponibili nei reparti di rianimazione e terapia intensiva.

12 Cfr. Comitato Nazionale di Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 8 aprile 2020, consultabile al link http://bioetica.governo.it/media/4052/p136_2020_Covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica.pdf.

13 Sul punto, cfr. L. Palazzani, *La pandemia Covid-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in “BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto”, Special Issue, n. 1, 2020, pp. 359-370, in particolare p. 364.

14 Basti fare riferimento alle raccomandazioni diffuse in Spagna dal gruppo di lavoro di bioetica della Società spagnola di medicina Intensiva, Critica e Unità Coronarie (Semicyuc) e della Società spagnola di Medicina Interna (SEMI), *Plan de contingencia para los servicios de medicina intensiva frente a la pandemia COVID-19*, consultabile all'indirizzo <https://www.medintensiva.org/es-plan-contingencia-servicios-medicina-intensiva-articulo-S0210569120300954>; e nel Regno Unito dall'*Institute for Health and Care Excellence* (Nice), *COVID-19 rapid guideline: critical care in adults*, consultabile al link: <https://www.nice.org.uk/guidance/ng159>.

Nel documento *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse*¹⁵, elaborato dalla *Accademia Svizzera delle Scienze Mediche*, in attuazione del capitolo 9.3 delle direttive *Provvedimenti di medicina intensiva* del 2013¹⁶, si afferma che il possibile utilizzo del criterio anagrafico non costituisce un parametro diretto, ma soltanto indiretto, ai fini dell'esclusione o dell'ammissione del paziente alle terapie intensive¹⁷. Tuttavia, ai fini del *triage* iniziale del paziente, il punto 4.3 del documento sembra invece far riferimento esplicito e diretto, sebbene quale criterio supplementare, all'elemento anagrafico, allorché esclude dall'ingresso nei reparti di terapia intensiva i pazienti di età superiore agli ottantacinque anni a prescindere dal relativo quadro clinico. Per i pazienti di età compresa tra i settantacinque e gli ottantacinque anni, invece, l'accesso sarà negato in presenza di cirrosi, insufficienza renale (stadio KDI-GO III) e insufficienza cardiaca (di classe NYHA>I). Parimenti esclusi sono i soggetti cui è diagnosticato un periodo di sopravvivenza inferiore ai ventiquattro mesi.

Ulteriori problematicità è possibile rinvenire nel *Protocole national de Triage* aprile 2020 diffuso nella comunità professionale di amministratori sanitari, etici e bioetici, o anche siti *web* governativi non indicizzati, ma non adottato ufficialmente dal Ministero della Salute e dei Servizi Sociali del Quebec (Canada)¹⁸.

15 Le *Linee Guida* elaborate il 20 marzo 2020 dall'Accademia Svizzera per le Scienze Mediche è consultabile in lingua italiana all'indirizzo: https://www.samw.ch/dam/jcr:c9e026a7-ee44-49eb-98aa-65a9f1593235/direttive_assm_medicina_intensiva_triage_scarcita_di_risorse.pdf.

16 Le Direttive sui "Provvedimenti di medicina intensiva del 2013" sono consultabili al seguente link: https://www.samw.ch/dam/jcr:444d1649-7491-496e-a2a7fc048c4241b6/direttive_assm_medicina_intensiva.pdf.

17 Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse*, punto 3: "L'età in sé e per sé non è un criterio decisionale applicabile, in quanto attribuisce agli anziani un valore inferiore rispetto ai giovani e viola in tal modo il principio costituzionale del divieto di discriminazione. Essa, tuttavia, viene considerata indirettamente nell'ambito del criterio principale 'prognosi a breve termine', in quanto gli anziani presentano più frequentemente situazioni di comorbidità. Nelle persone affette da Covid-19 l'età rappresenta un fattore di rischio a livello di mortalità, occorre quindi tenerne conto".

18 Il *Protocole national de Triage pour l'accès soins intensifs (adultes et pédiatriques) et l'allocation des ressources telles quel es respirateurs en situation extreme de pandémie*, è consultabile al seguente link: <http://www.cmq.org/pdf/coronavirus/msss-protocole-national-triage-soins-intensifs-pandemie-def.pdf>.

Sulla base di questo protocollo, non accessibile in tutti i suoi contenuti (risultano infatti mancanti gli *Annexe B e C*), può essere precluso l'accesso alle terapie intensive, in mancanza di posti disponibili, a persone affette da *maladie neuromusculaire avancée et irréversible* (tra cui rientrano il morbo di Parkinson o la Sla) e *déficience cognitive sévère due à une maladie progressive*¹⁹. Di converso, tra i criteri di preferenza nell'accesso ai reparti è espressamente contemplata l'ipotesi in cui il paziente eserciti la professione medico-sanitaria.

Le associazioni costituite a tutela degli interessi dei disabili sono venute a conoscenza dell'esistenza di queste indicazioni soltanto a fronte dei ripetuti rifiuti nell'accesso alle cure opposti nei confronti di soggetti affetti dalle summenzionate patologie e, immediatamente, sono state avanzate dalle medesime associazioni numerose petizioni di modifica dei criteri selettivi, ritenuti in contrasto con le disposizioni della *Carta dei diritti e delle libertà dell'uomo*, della *Carta canadese dei diritti e delle libertà* e dalla *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*²⁰, oltre che naturalmente ai valori etici e religiosi.

Analoghi criteri erano stati previsti anche in Ontario dal *Clinical Triage Protocol for Major Surge in COVID Pandemic*²¹, nel quale, sulla base della tabella di p. 4 del documento, vengono esclusi i pazienti affetti da *Parkinson o Sla*.

La disabilità psichica è stata considerata uno dei parametri di esclusione dall'accesso ai reparti di terapia intensiva anche in dieci Stati degli USA. Emblematico è il caso dei criteri previsti sin dal 2010 nello Stato dell'Alabama²² per le situazioni di emergenza sanitaria, che prima delle modifiche

19 La notizia è riportata, oltre che dalla stampa internazionale (<https://www.la-presse.ca/debats/opinions/2020-07-12/la-Covid-19-et-les-protocoles-de-triage.php>), anche dalla stampa italiana. Vedasi E. Molinari, *Canada. Il Quebec ha superato anche gli Usa: no ai respiratori ai malati di Sla e Down*, in "Avvenire", 12 giugno 2020.

20 Sul tema particolarmente attiva è stata la *Société Québécoise de la déficience intellectuelle* (Sqdi). Per approfondimenti sul contenuto della petizione di modifica del Protocollo avanzata dalla Sqdi si rinvia al seguente link: <https://www.sqdi.ca/fr/actualites/un-protocole-de-triage-plus-respectueux-de-la-dignite-et-des-droits-des-personnes-ayant-une-deficience-intellectuelle/>.

21 Il Protocollo del 28 marzo 2020 diffuso nello Stato canadese dell'Ontario è tuttora consultabile al seguente link: https://med.uottawa.ca/pathology/sites/med.uottawa.ca.pathology/files/clinical_triage_protocol_for_major_surge_in_covid_pandemic_-_march_28_2020.pdf.

22 Le indicazioni contenute nei *Criteria for Mechanical Ventilator Triage Following Proclamation of Mass-Casualty Respiratory Emergency* prevedevano espressamente: "persons with severe mental retardation, advanced dementia or

ottenute a seguito delle forti pressioni esercitate dalle associazioni a tutela dei disabili, prevedevano espressamente che i pazienti affetti da disabilità psichica fossero “candidati improbabili per il supporto alla respirazione”²³.

In definitiva, alcune procedure di gestione dell'emergenza Covid-19, oltre a contemplare criteri oggettivi di gestione delle risorse scarse quali quello anagrafico o del *resource consuming*, hanno talvolta precluso l'accesso alle terapie intensive anche a soggetti affetti da disabilità croniche, a prescindere da una preventiva valutazione dell'intero quadro clinico del paziente, concretizzando in sostanza, per molti aspetti, una pericolosa sorta di selezione eugenetica.

4. Triage in emergenza pandemica. Possibile contrasto di alcuni criteri selettivi con i valori religiosi ed etici del personale sanitario

Conformemente ai tradizionali criteri della “medicina delle catastrofi”²⁴ le raccomandazioni, disposizioni o linee guida che, in emergenza sanitaria, hanno definito, in alcune realtà ordinamentali, i criteri di selezione per le ipotesi di necessità di razionalizzazione delle risorse disponibili finiscono

severe traumatic brain injury may be poor candidates for ventilator support”.

Il documento integrale, nella versione precedente alle modifiche intervenute a seguito delle pressioni di varie organizzazioni a tutela delle persone disabili e dello stesso *Office for Civil Rights (OCR) at the U.S Department of Health and Human Services (HHS)*, è attualmente consultabile al link: https://adap.ua.edu/uploads/5/7/8/9/57892141/alabamas_ventilator_rationing_plan.pdf.

- 23 La notizia è riportata in E. Molinari, *Virus. Usa, «niente respiratori per i disabili». Più di 10 Stati scelgono chi salvare*, in “Avvenire”, 25 marzo 2020. Nell'articolo altresì sottolinea che: “al di là dei singoli documenti, negli Stati Uniti che cercano di prepararsi all'insufficienza di letti di terapia intensiva, si è già affermato un altro principio inquietante per i più vulnerabili. Si tratta della ‘regola d'oro’ presente in quasi tutti i documenti di gestione delle risorse: si chiede a un paziente se, in caso di scarsità di strumenti salvavita, vuole avervi accesso o lasciare il posto a chi potrebbe avere più probabilità di sopravvivenza. O maggiore valore per la società. Una regola che “impone una pressione inaudita”. Per ulteriori approfondimenti si rinvia ai seguenti link: <https://eu.montgomeryadvertiser.com/story/news/2020/03/24/alabama-ventilator-use-rules-coronavirus-is-a-measure-of-last-resort-not-a-directive/2903115001/>; <https://www.al.com/news/2020/03/last-resort-alabamas-plan-for-deciding-which-coronavirus-patients-get-ventilators.html>; <https://thehill.com/policy/healthcare/491896-alabama-removes-controversial-ventilator-guidelines-that-denied-coronavirus>; <https://www.hhs.gov/about/news/2020/04/08/ocr-reaches-early-case-resolution-alabama-after-it-removes-discriminatory-ventilator-triaging.html>.

- 24 Vedi *supra*, n. 3.

con l'avallare la sostanziale sacrificabilità dei soggetti più anziani e vulnerabili, sia in nome di un efficiente funzionamento del sistema sanitario (criterio del *resource consuming*), sia in considerazione della maggiore possibilità di sopravvivenza di soggetti più sani.

Come appare evidente, questo approccio di impronta utilitaristica ed economicistica si pone in netto contrasto sia con l'etica personalista, sia con il valore della sacralità della vita dell'uomo in ogni sua fase e condizione²⁵ presente negli insegnamenti delle diverse tradizioni religiose²⁶.

Limitandoci alle tre religioni abramitiche, basti fare solo un rapido riferimento ai principi di indisponibilità della vita umana, sin dal suo concepimento, ribaditi al n. 2258 del Catechismo della Chiesa cattolica²⁷, nell'Istruzione *Donum Vitae* del 22 febbraio 1987 della Congregazione per la Dottrina della Fede²⁸ e negli insegnamenti del Magistero Pontificio²⁹. In particolare, la più recente evoluzione del Magistero di Papa Francesco si pone in termini di assoluta antiteticità rispetto alle logiche sottese all'emanazione dei siffatti criteri selettivi previsti dai documenti disposti per l'emergenza sanitaria esaminati, per certi versi riconducibili a quella dilagante *cultura dello scarto* che permea la società capitalistica contemporanea come denunciato dal Pontefice, oltre che nella Esortazione Apostolica *Evangelii Gaudium*³⁰, soprattutto nella Lettera Enciclica *Laudato Si'*, in

25 Sul tema della sacralità della vita sin dal suo inizio nelle tre grandi religioni monoteiste si rinvia a D. Milani, D. Atichetghi (a cura di), *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Torino 2016.

26 Per le posizioni delle diverse confessioni religiose rispetto ai temi bioetici si rinvia a M.F. Maternini, L. Scopel, *La bioetica e le confessioni religiose*, Trieste 2013.

27 Catechismo della Chiesa cattolica, n. 2258: "La vita umana è sacra perché, fin dal suo inizio, comporta l'azione creatrice di Dio e rimane per sempre in una relazione speciale con il Creatore, suo unico fine. Solo Dio è il Signore della vita dal suo inizio alla sua fine: nessuno, in nessuna circostanza, può rivendicare a sé il diritto di distruggere direttamente un essere umano innocente".

28 Cfr. Congregazione per la Dottrina della Fede, *Istruzione Donum Vitae. Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, consultabile all'indirizzo: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for%20human-life_it.html.

29 Tra questi si segnala in particolare la *Lettera Enciclica Evangelium Vitae del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II ai Vescovi, ai presbiteri e ai diaconi, ai religiosi e alle religiose, ai fedeli laici e a tutte le persone di buona volontà sul valore e l'inviolabilità della vita umana*, 25 marzo 1995, specialmente n. 2. Il testo è consultabile all'indirizzo: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html

30 *Esortazione Apostolica Evangelii Gaudium del Santo Padre Francesco ai Vescovi, ai presbiteri, ai diaconi, alle persone consacrate e ai fedeli laici sull'annuncio del Vangelo nel mondo attuale*, 24 novembre 2013, n. 53, in cui il Pontefice afferma:

cui espressamente considera un esempio concreto della dominante *cultura dello scarto* la situazione degli anziani abbandonati e degli esclusi o emarginati in quanto non utili agli interessi economici della società³¹. Nella concezione cattolica, la sacralità e la dignità della vita, in quanto indisponibile dono di Dio, è propria di ogni età e condizione³².

Lo stesso principio costituisce uno dei pilastri dell'Ebraismo e trova fondamento tanto nei precetti biblici³³, quanto nella successiva elaborazione dottrinale rabbinica, in cui si ribadisce il complementare valore della indisponibilità della vita dell'uomo, anche se gravemente malato o sofferente, in quanto gli insegnamenti della *Torah* non consentono di distinguere "tra colui che uccide una persona che potrebbe vivere molti anni e un vecchio con pochi attimi di vita"³⁴. Non può quindi "competere all'uomo, seppure medico, valutare se la vita possa o meno reputarsi degna di essere vissuta e non è dato inoltre discernere circa il maggiore o minore valore di una vita rispetto ad un'altra"³⁵.

"Si considera l'essere umano in sé stesso come un bene di consumo, che si può usare e poi gettare. Abbiamo dato inizio alla cultura dello 'scarto' che, addirittura, viene promossa. Non si tratta più semplicemente del fenomeno dello sfruttamento e dell'oppressione, ma di qualcosa di nuovo: con l'esclusione resta colpita, nella sua stessa radice, l'appartenenza alla società in cui si vive, dal momento che in essa non si sta nei bassifondi, nella periferia, o senza potere, bensì si sta fuori. Gli esclusi non sono 'sfruttati' ma rifiuti, 'avanzi'". Il Documento è consultabile all'indirizzo: http://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html

- 31 *Lettera Enciclica Laudato Si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, 24 maggio 2015, n. 133. Il testo è consultabile al link: http://www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. La denuncia della cultura dello scarto è presente in molti discorsi di Papa Francesco, tra cui, in riferimento specificamente agli anziani: *Discorso del Santo Padre Francesco ai partecipanti all'Incontro promosso dalla Federazione Internazionale delle Associazioni dei Medici Cattolici*, del 20 settembre 2013; *Discorso del Santo Padre Francesco alla Delegazione dell'Istituto Dignitatis Humanae*, del 7 dicembre 2013; *Discorso del Santo Padre Francesco ai membri dell'Associazione Nazionale Lavoratori Anziani*, del 16 dicembre 2019; *Discorso del Santo Padre Francesco ai partecipanti all'Assemblea plenaria per la Congregazione per la Dottrina per la Fede*, 30 gennaio 2020, tutti consultabili al sito: www.vatican.va.
- 32 Per approfondimenti si rinvia a M. Canonico, *La posizione della Chiesa cattolica riguardo al fine vita*, in "Diritto e Religioni", n. 1, 2018, pp. 309-336, specialmente pp. 316 ss.
- 33 Primo tra tutti il comandamento del "non uccidere", oltre che *Genesi*, 9, 6 e *Levitico*, 19,16.
- 34 Così A. Fait, M. Beyo, *In principio l'uomo creò il clone*, Milano 2005, p. 152.
- 35 Così A. Palma, *op. cit.*, p. 35.

Anche per l'Islam la vita è preziosa e sacra³⁶ e ogni momento della vita merita di essere vissuto e preservato³⁷, anche nelle condizioni di sofferenza e dolore che nell'Islam assumono un peculiare valore, giacché il malato, nell'affrontare le proprie difficoltà, guadagna un grandissimo credito davanti a Dio³⁸. A ciò va aggiunta l'attenzione e il riguardo che la comunità islamica tradizionalmente riserva agli anziani, mai esclusi tanto dall'accesso alle cure mediche, che dalle relazioni familiari. Proprio in ragione del valore sociale attribuito ai sofferenti e agli anziani, i criteri selettivi di accesso alle terapie intensive soprattutto relativi all'età dei pazienti si attestano, nella maggior parte dei casi, su posizioni del tutto incompatibili a quelle conformi ai precetti coranici e alla tradizione religiosa islamica.

5. Emergenza sanitaria e clausola di coscienza in Italia

L'antinomia tra l'approccio etico di impronta utilitarista emergente dai documenti esaminati e l'etica personalista³⁹ imperniata sui valori di eguale dignità delle vite umane – come sanciti dalle Carte sovranazionali e costituzionali dei diritti e come risultanti dai principi bioetici anche di matrice religiosa – potrebbe incontrare delle resistenze in ordine alla rigorosa applicazione delle procedure di selezione previste. Basti pensare, ad esempio, al personale sanitario che abbia già espresso la propria obiezione di coscienza ai trattamenti interruttivi della gravidanza ai sensi della l. n. 194/1978, evidenziando, in tal modo, la pregnanza dei valori della propria coscienza nell'espletamento della professione medica.

Per quanto concerne specificamente il contesto italiano, i criteri di selezione indicati nel documento della SIAARTI, soprattutto quelli legati

36 Corano, 3, 145; Corano, 3, 156.

37 Cfr. D. Atighetchi, *Islam, Musulmani e Bioetica*, Roma 2009; D. Atighetchi, *La persona malata nella medicina islamica*, in F. Compagnoni, F. D'Agostino (a cura di), *Il confronto interculturale: dibattiti bioetici e pratiche giuridiche*, Cinisello Balsamo 2003.

38 Cfr. M. F. Maternini, L. Scopel, *op. cit.*, p. 75.

39 Sull'etica personalista, v. E. Sgreccia, A.G. Spagnolo (a cura di), *Etica e distribuzione delle risorse sanitarie*, Milano, 1996. Per una disamina dei modelli etici proprio in relazione all'emergenza sanitaria da Covid-19, cfr. di recente L. d'Avack, *Covid-19: criteri etici*, in "BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto", Special issue, n. 1, 2020, pp. 371-378; L. Palazzani, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in C. Caporale, A. Pirni (a cura di), *Pandemia e resilienza. Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid-19*, Roma 2020, pp. 79-83.

all'età anagrafica del paziente, potrebbero essere non condivisi da tutto il personale medico in forza nei reparti di terapia intensiva delle strutture ospedaliere pubbliche, sebbene si tratti, come chiaramente espresso nel documento, di indicazioni attuabili “soltanto dopo che da parte di tutti i soggetti coinvolti [...] sono stati compiuti tutti gli sforzi possibili per aumentare la disponibilità di risorse erogabili [...] e dopo che è stata valutata ogni possibilità di trasferimento dei pazienti verso centri con maggiore disponibilità di risorse”⁴⁰.

Eppure l'art. 22 del Codice di deontologia medica consente al personale medico, anche in ipotesi non previste dalla legge, invocando la *clausola di coscienza*, di rifiutare l'esecuzione di prestazioni che contrastino con le proprie convinzioni personali, anche etico-religiose, “salvo i casi in cui la condotta determini un nocumento grave e immediato per la salute del paziente”⁴¹. In altri termini, sembrerebbe esercitabile, anche in condizioni di emergenza sanitaria, la possibilità per il medico di invocare la *clausola di coscienza* in relazione all'applicazione di siffatte *Raccomandazioni di etica clinica*. L'eccezione prevista dall'art. 22 che impedisce l'applicazione della *clausola di coscienza* in caso di nocumento grave e immediato al paziente potrebbe essere infatti superata dall'eventuale disponibilità di altre unità di personale medico incaricato di effettuare le medesime prestazioni.

Del resto, tale possibilità è rinvenibile espressamente già in un altro documento della SIAARTI *Grandi insufficienze d'organo “end stage”: cure intensive o cure palliative? “Documento condiviso” per una pianificazione delle scelte di cura*, approvato dal Consiglio direttivo della SIAARTI il 22 aprile 2013^{42,43} che al punto 6 dell'allegato 2 (*Considerazioni etiche e giuri-*

40 SIAARTI, *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*, cit., p. 3.

41 L'art. 22 del *Codice di deontologia medica*, sotto la rubrica “Rifiuto di prestazione professionale”, così recita: “Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione”.

42 Il Documento è consultabile al link: <http://www.siaarti.it/News/grandi-insufficienze-organo-end-stage-cure-intensive-o-cure-palliative.aspx>

43 SIAARTI, *Grandi insufficienze d'organo “end stage”: cure intensive o cure palliative? “Documento condiviso” per una pianificazione delle scelte di cura*, cit., p. 4: “nonostante il silenzio del legislatore, può essere invocata la clausola di coscienza, ma diviene condizione essenziale, per l'esercizio del diritto del per-

diche) condiziona l'esercizio della *clausola di coscienza* alla possibilità di altro personale medico disponibile per effettuare la prestazione richiesta⁴⁴.

Naturalmente non ci si nasconde che allo stato presente la concreta praticabilità dell'ipotesi prospettata possa scontrarsi con la ridotta disponibilità numerica proprio delle professionalità specializzate in rapporto all'emergenza sanitaria attuale, che può renderla difficilmente praticabile. In ogni caso la completa disattenzione rispetto alla *responsabilità della coscienza di matrice religiosa* resta una circostanza che appare tuttora meritevole di essere evidenziata in un'ottica di tutela costituzionale del pluralismo dei valori.

Peraltro, in considerazione dei risvolti etici e bioetici e delle implicazioni deontologico-professionali poste dai criteri selettivi di accesso alle terapie intensive indicati nelle *Raccomandazioni di etica clinica* del 6 marzo 2020, la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (FNMCEO) ha istituito un gruppo di lavoro con la SIAARTI avente l'obiettivo di avviare una riflessione comune sul tema, anche allo scopo di valutare l'opportunità di apportare modifiche al Codice di deontologia medica. Il documento congiunto del 22 ottobre 2020 ha ribadito i principi fondamentali dell'uguaglianza tra le persone e dell'equità dell'accesso alle cure, oltre che della coerenza di ogni decisione, anche in caso di

sonale sanitario, che sussistano le condizioni volte a non pregiudicare i diritti del paziente”.

- 44 *Ivi*, punto n. 6 dell'Allegato 2 (*Considerazioni etiche e giuridiche*): “Il nostro ordinamento non disciplina ipotesi specifiche di obiezione di coscienza per il caso di decisioni di fine vita, né sarebbe possibile una disciplina generale analoga, per intenderci, a quella prevista per la interruzione volontaria della gravidanza (IVG) o la procreazione medicalmente assistita (PMA). L'operatore sanitario che lavori in situazioni critiche non può, in effetti, sapere a priori se e in quali casi una richiesta del paziente potrà essere contraria ai dettami della propria coscienza. Il CNB e la dottrina giuridica hanno peraltro richiamato ad una distinzione che pare apprezzabile anche sul piano degli obblighi internazionali dell'Italia tra ipotesi normate di obiezione di coscienza (IVG e PMA) ed ipotesi non normate in cui la c.d. clausola di coscienza discende direttamente dalla Costituzione e, primariamente, dalla deontologia (cfr. lo stesso giuramento di Ippocrate: ‘osservando le norme [...] giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della mia professione’). L'invocazione dalla clausola di coscienza sarebbe ammissibile anche nei casi in cui non esista una precisa disposizione normativa che ne disciplina l'esercizio, ma in questi casi diviene condizione essenziale, per l'esercizio del diritto ad astenersi, che sussistano le condizioni volte a non pregiudicare i diritti altrui. Dunque, il documento è totalmente in linea con la riflessione giuridica su questi temi, laddove si richiede che in caso di ‘obiezione di coscienza’ debba essere assicurata la disponibilità di un altro medico o tecnico”.

situazione emergenziale per carenza di risorse, con i principi etici e le regole deontologiche della professione medica, ma ha suggerito, in modifica dei criteri di selezione dei pazienti contemplati nel precedente documento del 6 marzo 2020, l'adozione di "criteri rigorosi, espliciti, concorrenti e integrati, valutati sempre caso per caso, quali: la gravità del quadro clinico, le comorbidità, lo stato funzionale pregresso, l'impatto sulla persona dei potenziali effetti collaterali delle cure intensive, la conoscenza di espressioni di volontà precedenti, nonché la stessa età biologica, la quale non può mai assumere carattere prevalente"⁴⁵. In tal modo, effettivamente, appare ridotta l'incidenza attribuita al mero criterio anagrafico ai fini della scelta dei pazienti da ammettere o meno alle cure.

Tali modifiche sarebbero già in grado di attenuare in larga parte i segnalati profili di possibile conflitto tra i criteri precedentemente indicati nelle *Raccomandazioni di etica clinica* della SIAARTI e i valori etico-religiosi del personale medico. Il superamento della mera età del paziente quale fattore di selezione è stato, da ultimo, ulteriormente ribadito anche nel documento congiunto *Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia da Covid-19*⁴⁶, elaborato dalla SIAARTI, il 22 novembre 2020, insieme alla Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni (SIMLA), in cui si specifica che il criterio anagrafico "non è di per sé un criterio sufficiente per stabilire quali pazienti possono maggiormente beneficiare delle cure intensive e pertanto non è possibile farvi ricorso in fase di triage stabilendo dei *cut-off* (soglie di età)"⁴⁷. In quest'ultimo documento si sottolinea chiaramente che le decisioni relative alla sele-

45 Nel punto d.3 del documento si afferma, inoltre, che: "Sono garantiti quali criteri di scelta sotto il profilo deontologico e professionale: il rispetto, la tutela della dignità e della salute della persona, la proporzionalità e l'adeguatezza delle cure, l'equità d'accesso, il criterio di beneficiabilità, l'età e/o le altre situazioni di vulnerabilità. Tali criteri di scelta non possono essere utilizzati separatamente".

Il documento congiunto elaborato da FNOMCeO (*Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri*) e SIAARTI (*Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva*), del 22 ottobre 2020 è reperibile all'indirizzo: <http://www.siaarti.it/News/Scelte%20terapeutiche%20in%20condizioni%20straordinarie%20Documento%20congiunto%20FNOMCeO-SIAARTI.aspx>.

46 Il documento, consultabile al link: https://snlg.iss.it/wp-content/uploads/2020/11/Documento-SIAARTI-SIMLA-18-novembre_clean.pdf, è stato pubblicato nella sezione *Buone Pratiche* dell'ISS ed è stato fatto oggetto di un avviso di consultazione pubblica, all'atto ancora in corso.

47 Il documento aggiunge che "solo a parità di altre condizioni, il mero dato anagrafico (età in anni) può avere un ruolo nella valutazione globale della persona malata

zione dei pazienti in caso di completa saturazione dei reparti di terapia intensiva debbano essere preferibilmente assunte non dal singolo operatore medico, ma in via collegiale dall'intero *team* medico-assistenziale, concedendo, inoltre, all'*equipe* la possibilità, evidentemente azionabile in casi dubbi o controversi, di avvalersi di una eventuale *second opinion* di figure professionali anche esterne all'organico⁴⁸.

in quanto con l'aumentare dell'età si riducono le probabilità di risposta alle cure intensive", p. 12.

- 48 Così si legge nello *statement* n. 12 del documento: "Compatibilmente con le risorse umane disponibili, è necessario che le decisioni non siano demandate a una singola figura professionale, ma rappresentino il risultato di una valutazione collegiale del *team* medico-assistenziale, il quale si può avvalere, se necessario, anche di figure professionali esterne ('*second opinion*'). La decisione di porre una limitazione alle cure intensive deve essere adeguatamente motivata, comunicata e documentata nella cartella clinica".

MARÍA BELÉN ANDREU MARTÍNEZ,
JOSÉ RAMÓN SALCEDO HERNÁNDEZ

TELEMEDICINA EN TIEMPOS DE PANDEMIA: REFLEXIÓN SOBRE SU VIABILIDAD DESDE LA ÉTICA Y EL DERECHO¹

1. Telemedicina: una aproximación conceptual y descriptiva

La telemedicina es una forma de llevar a cabo el acto médico en la que interactúan paciente y profesional sanitario sin la intervención del contacto físico y a través de medios telemáticos (incluidos los que no son en línea, como los telefónicos). Es ésta una descripción muy genérica y primaria, pero mínimamente válida para situar su campo de acción desde la perspectiva de la sociedad. En todo caso, es importante contextualizar el concepto de telemedicina y distinguirlo del concepto de salud digital o salud electrónica, así como de otra amplia terminología derivada de la aplicación de la tecnología al ámbito sanitario. La salud digital es una disciplina en la que convergen todas aquellas tecnologías que tienen por objeto atender, cuidar y velar por la salud de las personas. Está integrada por una amplia diversidad de elementos tecnológicos distintos como, por ejemplo, las aplicaciones móviles o los dispositivos inteligentes. De alguna manera supone un cambio en la idea tradicional de lo que es la práctica médica y asistencial, tendente a la mejora de la asistencia sanitaria en todos los niveles mediante el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación². La telemedicina podríamos decir que es una rama de la salud digital que tiene por

1 Este trabajo se realiza en el marco del proyecto BIODAT: *Datos de salud: Claves ético-jurídicas para la transformación digital en el ámbito sanitario* (Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia – Ref. 20939/PI/18).

2 La salud digital, además de la telemedicina, integra parcelas como la automatización de procesos y servicios (nuevos sistemas de gestión como los del historial médico), la inteligencia artificial, las aplicaciones móviles, la gamificación (dinámicas de juego en los tratamientos), los wearables (dispositivos móviles que controlan ciertas funciones vitales), la realidad aumentada o el uso de la red a nivel informativo y de gestión.

finalidad facilitar el acceso a los servicios asistenciales, independientemente de la ubicación del paciente y de cuáles sean sus recursos.

Distintas organizaciones internacionales han tratado de aproximarse, de forma colegiada, al concepto de telemedicina. Este es el caso de la Asociación Médica Mundial que indica que *la telemedicina es el ejercicio de la medicina a distancia, cuyas intervenciones, diagnósticos, decisiones terapéuticas y recomendaciones de tratamientos subsiguientes están basadas en datos de los pacientes, documentos y otra información transmitida a través de sistemas de telecomunicación*³. La Organización Mundial de la Salud, de forma más descriptiva, define la telemedicina como *la prestación de servicios de salud (en los que la distancia es un factor determinante) por parte de profesionales sanitarios a través de la utilización de tecnologías de la información y la comunicación (TICs) para el intercambio de información válida para el diagnóstico, el tratamiento, la prevención de enfermedades, la investigación y la evaluación y para la formación continuada de profesionales sanitarios, todo ello con el objetivo final de mejorar la salud de la población y de las comunidades*⁴. Y desde la Comisión Europea se habla de *la prestación de servicios de asistencia sanitaria por medio de las TIC en situaciones en que el profesional sanitario y el paciente (o dos profesionales sanitarios) se encuentran en lugares diferentes. La telemedicina implica la transmisión segura de datos e información médica a través de texto, sonido, imágenes u otras formas necesarias para la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la vigilancia del paciente*⁵.

En todas ellas aparecen tres factores determinantes: que se trata de la prestación de una asistencia sanitaria, que para llevarla a cabo se aplican las tecnologías de la información y la comunicación y que se efectúa a distancia⁶. Es un nuevo entorno para la asistencia al paciente, una nueva

3 Declaración de la AMM sobre la ética de la telemedicina, adoptada por la 58 Asamblea General de la AMM, Copenhague, Dinamarca, Octubre 2007 y enmendada por la 69ª Asamblea General de la AMM, Reykjavik, Islandia, octubre 2018.

4 WHO (World Health Organization). *Telemedicine. Opportunities and developments in member states. Report on the second global survey on eHealth. Global Observatory for eHealth series. Volume 2*. ISBN 978 92 4 156414 4 ISSN 2220-5462© World Health Organization 2010, p. 9.

5 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones sobre “la telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad”; Bruselas, 4.11.2008 COM (2008) 689 final.

6 Cabe señalar, como dicen ASENSI PALLARÉS Y MURILLO BALLELL, que la práctica de la telemedicina no está restringida a la actividad médica, sino que también

forma de incorporar las tecnologías de la información y la comunicación al ámbito sanitario y, en consecuencia, una nueva perspectiva desde la que abordar toda la temática relativa a la protección de datos personales. A ello cabe añadir que se trata de un proceso asistencial en el que intervienen las nuevas orientaciones dadas por la globalización y la interoperabilidad⁷.

La telemedicina es, por tanto, una fórmula de prestación de la asistencia que, si respeta unos principios éticos y jurídicos básicos y no es sustitutiva de la atención presencial, puede contribuir sensiblemente al incremento de la calidad de la asistencia sanitaria. La Agenda Digital para Europa reconocía en 2014 que uno de sus retos era dar impulso a las tecnologías de la información y de la comunicación, ya que *pueden contribuir a que los ciudadanos europeos tengan unos servicios de asistencia sanitaria y social mejores, más baratos y de mayor calidad, y a que envejezcan mejor. Solo introducir las tecnologías de la información y las comunicaciones y la telemedicina mejoraría la eficiencia de los cuidados sanitarios en un porcentaje estimado en el 20 %. Y las tecnologías de la información y las comunicaciones dan a los usuarios de todas las edades la posibilidad de gestionar mejor su salud*⁸.

2. La fascinación por lo digital

No cabe duda de que estamos ante una herramienta dotada de enorme potencialidad y que, usada de forma adecuada, puede ser un complemento de inestimable utilidad para el desarrollo de la atención sanitaria y su radio de alcance. Pero, como todo aquello que irrumpe en el campo digital, ha de ser respetuosa con la persona, sus derechos, sus valores y su irrenunciable atributo de dignidad. Vivimos en una sociedad excesivamente fascinada

abarca a la asistencia sanitaria que prestan otros profesionales sanitarios (farmacéuticos, dentistas, enfermeras, podólogos, fisioterapeutas, etc.) y que no sólo se refiere a la relación médico-paciente, sino también a la relación profesional-profesional en cuanto esté dirigida a prestar asistencia sanitaria al paciente. E. ASENSI PALLARÉS y J. MURILLO BALLELL, *Riesgos presentes en el uso de la telemedicina: análisis desde el prisma de la responsabilidad profesional y del seguro*, en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, N°7, 2020, pp. 7 y 8.

7 La telefonía, especialmente la consulta telefónica, probablemente ha sido la primera de las fórmulas a distancia usadas para llevar a cabo el acto asistencial.

8 *Comprender las políticas de la Unión Europea: Agenda Digital para Europa*. COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2014, p.6. Disponible en https://europa.eu/european-union/file/agenda-digital-para-europa_es

por la tecnología y su ágil dinámica evolutiva; fascinada por lo que es posible hacer y que, tiempo atrás, nos resultaba inimaginable.

Es cierto que las perspectivas de dotar de mayor eficacia y calidad a ciertos sectores, como el asistencial en este caso, son prometedoras y merecedoras del esfuerzo; hacer de la tecnología un elemento de mejora de las condiciones de vida humanas es algo loable. Lo determinante es no quedarse en la fascinación, porque cuando nos dejamos atrapar por ella, corremos el peligro de debilitar nuestra capacidad crítica. Y ésta, nuestra capacidad para discernir lo que de positivo nos ofrece el mundo digital y lo que de negativo normalmente nos oculta, hay que conservarla con determinación frente al atractivo de lo que nos fascina.

El beneficio que la digitalización de los servicios asistenciales puede llegar a proporcionar se intuye, pero no debemos de perder de vista el hecho de que la tecnología es capaz de llegar a muchos terrenos y de que, no por el hecho de que sea capaz de llegar, hemos de inferir que su valor ético se le supone. Este es un principio básico de bioderecho⁹: no todo lo que técnicamente es posible ha de ser, necesariamente, aceptable desde el punto de vista ético; y, aún más, caso de serlo (siquiera en parte) siempre es necesario establecer unos límites jurídicos que garanticen el respeto al mínimo común denominador social que posibilita las decisiones justas.

Se trata de una forma (responsable y racional) de situarse ante la tecnología en tiempos de bonanza, cuando las condiciones sociales favorecen un desarrollo tecnológico en el que la sensatez y el juicio ponderado están exentos de interferencias desestabilizantes. Pero esto no siempre es así. Si ya en tiempos de bonanza es difícil resolver de forma adecuada los dilemas que nos suscitan las tecnociencias, cuánto más en tiempos de desventura, cuando la sociedad se tambalea, la necesidad se hace prioritaria y la premura una exigencia. Y esta es la realidad que, desafortunadamente, estamos viviendo en estos tiempos: una pandemia, una crisis mundial que ha puesto en jaque a la sociedad bajo el acrónimo *Covid-19*.

9 El Bioderecho, ciencia de la que somos precursores desde hace años, busca dar un tratamiento interdisciplinar a los dilemas que nos plantea el avance de la ciencia en el nuevo milenio. Derecho, ética y ciencia (ciencias de la vida en general) reflexionando de forma conjunta y compartida. Proponiendo soluciones justas desde la realidad empírica de las tecnociencias, con el aval valórico que se sustenta en el mínimo común denominador ético asumible por una sociedad pluralista (los Derechos Humanos son un fiel ejemplo) y bajo el marco de un derecho respetuoso y sensible por la persona, garante y protector de su condición humana y de su dignidad. Véase, para mayor desarrollo, la introducción a la obra *Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho*, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (Dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013, pp. 21 y ss.

Son situaciones en las que se han de adoptar decisiones urgentes, recurrir a procedimientos que no son los habituales o que, siéndolo sólo en parte, de improviso parecen verse abocados a ensanchar sus límites de forma incondicional, con el peligro que esto puede suponer para la garantía de los derechos y la protección de los valores individuales y colectivos. Es decir, y por centrarnos en el tema que nos ocupa, no es lo mismo situar la telemedicina en tiempos de bonanza que hacerlo en tiempos de pandemia.

Pero vayamos por partes. Corresponde ahora hacer una reflexión ético-jurídica, una reflexión de bioderecho, sobre las directrices que vienen marcando el uso de la telemedicina en circunstancias normales; un análisis de su adecuación a los principios que creemos más correctos o, cuanto menos, más respetuosos con la realidad derivada del alcance que puede llegar a tener. La reflexión en tiempo de pandemia vendrá después.

3. *Ética y telemedicina en la asistencia sanitaria*

Quizá el primero de los debates éticos que se suscita, como apuntan SÁNCHEZ CARO Y ABELLÁN, es el que hace referencia a si la telemedicina *debe ceñirse exclusivamente a los casos en los que media una situación de urgencia, un problema de distancia física (lugar remoto), o si, por el contrario, puede admitirse también el ejercicio de la telemedicina como una alternativa a la medicina convencional justificada por razones de agilidad, mayor seguridad en el diagnóstico, reducción de costes, etc.*¹⁰ Lo que se pone en cuestión con ello es el valor que debe darse al principio de inmediación entre médico y paciente y, a este respecto, las opiniones se dividen entre quienes entienden que la telemedicina sólo es un suplemento, no un sustituto, del encuentro directo entre médico y paciente, o que sólo ha de utilizarse en caso de imposibilidad derivada de la distancia, o que, incluso, es contraria a la ética médica por carecer de examen clínico directo¹¹. Por otro lado, están quienes consideran que la telemedicina es una alternativa a la medicina tradicional (medicina basada en la evidencia frente a medicina personalista) por la que el diagnóstico no sólo es fruto de la formación del profesional sanitario, sino fundamentalmente del acceso, ante síntomas

10 J. Y. SÁNCHEZ CARO, F. ABELLÁN, *Telemedicina y protección de datos sanitarios*, Ed. El Partal S.L., Granada 2002, p. 32.

11 Véanse en este sentido G. HERRANZ RODRÍGUEZ, *Aspectos Éticos de la Telemedicina*, en el *VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, celebrado en Madrid, en octubre de 2000. Ed. Fund. Mapfre Medicina, 2001 y O. FERRER ROCA, *Telemedicina*, Ed. Panamericana, Madrid 2001.

similares, a bases de datos con multitud de diagnósticos¹². Pero lo cierto y verdad es que la medicina ni es una ciencia exacta, ni tiene porqué constreñirse a métodos inamovibles, por lo que nos parece muy acertada la directriz marcada por la Comisión Central de Deontología (CCD) de la Organización Médica Colegial de España cuando afirma que *aunque la consulta presencial ha sido y sigue siendo la regla de oro de la atención clínica en la relación entre médico y paciente, las técnicas telemáticas, al igual que en otros ámbitos de la vida, han venido a complementar el modo de hacer asistencia médica sin abandonar por ello, la actividad asistencial presencial*¹³. Es cierto que la telemedicina inició su andadura como medio de prestar asistencia sanitaria ante la imposibilidad de la asistencia presencial, pero conforme se ha ido desarrollando e implementando, se ha puesto de relieve su eficacia y eficiencia en procedimientos realizables de forma presencial¹⁴.

Sentadas estas bases, cabe significar que la reflexión ética que se viene haciendo en torno a la telemedicina parte de tres ejes fundamentales: la relación médico-paciente, el acceso a los medios telemáticos y la protección de los datos personales.

La relación médico-paciente está evolucionando hacia un nuevo paradigma. Es preciso no perder de vista los principios básicos que la determinan (respeto a la autonomía de la voluntad, a la intimidad, al consentimiento previo e informado, a la libre elección o al rechazo de un tratamiento, a la confidencialidad...) ¹⁵ para asegurar que la realidad tecnológica los

12 J.A. AMÉRIGO Y E. SUÁREZ GARCÍA, *Telemedicina: la salud en el siglo XXI*, Ed. Estudio Editorial, Madrid 2001, p.29.

13 COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DE LA ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA, *La Telemedicina en el acto médico*, Madrid, 10 de junio de 2020. Añade, además, que *los medios telemáticos disponibles actualmente incrementan de modo significativo las posibilidades de acceder a la asistencia sanitaria tanto a pacientes en fase aguda de su enfermedad, como en medicina de continuidad asistencial. Es una realidad que la práctica telemática está acercando la prestación médica presencial de los hospitales y de los centros de salud, a los domicilios o a lugares donde está instalada la tecnología de telecomunicación.*

14 Para la Asociación Médica Mundial, la telemedicina *tiene potencial de mejorar la atención médica* teniendo siempre en cuenta que *la consulta presencial entre el médico y el paciente es la regla de oro de la atención clínica*. Los servicios que presta la telemedicina *deben ser consistentes con los servicios presenciales y respaldados con evidencia y, en todo caso, los principios de la ética médica que son obligatorios para la profesión también deben ser respetados en la práctica de la telemedicina. Declaración de la AMM sobre la ética de la telemedicina...*, ob. cit.

15 En el ámbito español estos principios vienen recogidos en el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

respetar y, así, situar en su justa medida el principio de intermediación entre médico y paciente, tratando de no afectar a la confianza mutua que ha de existir entre ellos. Ciertamente, el uso indiscriminado de las tecnologías de la información y de la comunicación, puede privar al profesional sanitario de la experiencia directa y compartida con el paciente, ya que la calidez humana y la cercanía son principios inherentes a la ciencia médica, no todo es diagnóstico y tratamiento¹⁶. Se trata de encontrar ese punto intermedio en el que el paciente pueda sentir la presencia del profesional sanitario y, a la vez, experimentar los beneficios que, para su asistencia, le proporcionan los avances del mundo digital¹⁷.

En esto, los Códigos Deontológicos pueden ayudarnos a localizar ese punto de encuentro. Este es el caso del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España del año 2011, en el que se dan algunas orientaciones en su artículo 26, al significarse que el ejercicio de la medicina mediante el uso exclusivo de *carta, teléfono, radio, prensa o internet* es contrario a la deontología; sin embargo también se dice que es éticamente aceptable el uso de la telemedicina *siempre que sea clara la identificación mutua y se asegure la intimidad* y se reconoce su legitimidad cuando sirve de ayuda a la toma de decisiones. Finalmente declara aplicables a la telemedicina *las reglas de confidencialidad, seguridad y secreto*. Actualmente se está en un proceso de revisión y reelaboración profunda del

16 *Con el uso de la telemedicina -dice MARRERO PÉREZ- debemos tener en cuenta que en la tan buscada y compleja interacción médico-paciente pueden perderse, aspectos tan importantes y a menudo sutiles de esta interacción, que se expresan en "La Preocupación del paciente", "Conciencia de la preocupación del paciente" y " Sentimientos positivos, Cordialidad, Amistad". M.D. MARRERO PÉREZ, "Implicaciones Éticas Asociadas al Uso de la Telemedicina", en RevistaeSalud.com, Vol. 7, N° 28, 2011, p. 5.*

17 *A pesar de ese deseable punto de encuentro intermedio, el propio estamento médico ha sido, desde el principio, muy cauteloso con el uso de la telemedicina. Ha sido en fechas relativamente recientes cuando se ha dado un giro significativo y se ha expandido con fuerza la práctica compartida de la asistencia. En el año 2002 y a nivel europeo, los pronunciamientos eran todavía bastante titubeantes: El uso de la telemedicina no debe afectar negativamente a la relación personal médico/paciente que, al igual que en otras áreas de la medicina, debe basarse en el respeto mutuo, la independencia de juicio del médico, la autonomía del paciente y el secreto médico. Es esencial que el médico y el paciente se puedan identificar mutuamente con toda seguridad cuando tenga lugar una consulta telemédica. Es preferible que todos los pacientes consulten al médico cara a cara, y que la telemedicina se limite a situaciones en las que el médico no pueda estar físicamente presente en un plazo de tiempo razonable. COMITÉ PERMANENTE DE MÉDICOS EUROPEOS, Principios Éticos de la Telemedicina, Documento CP97/33, 2002.*

código español que, en su edición provisional de 2018, dedica el Capítulo XXV a las *Tecnologías de la información y de la comunicación*; se trata de ocho artículos en los que se profundiza en su potencial beneficio y se reconoce, entre otras, la obligación del médico de formarse en el uso de la tecnología, la aplicación a la telemedicina de los preceptos deontológicos o la necesidad de extremar las medidas destinadas a proteger la confidencialidad y seguridad del paciente.

Por lo demás, existe entre la profesión un consenso ético generalizado, en cuanto a los principios que han de orientar el uso de la telemedicina en la relación médico-paciente: no puede afectar de modo negativo a la asistencia sanitaria¹⁸; es necesaria la relación física (la asistencia no puede cimentarse exclusivamente en medios telemáticos); ha de existir un conocimiento previo de médico y paciente; es preciso que el profesional sanitario valore la capacidad que posee el paciente para utilizar los medios telemáticos; y siempre debe asegurarse la confidencialidad de los datos sanitarios¹⁹. El paciente digital debe, además, dar su consentimiento para el uso de la telemedicina como medio de asistencia sanitaria, siempre y cuando exista una alternativa de asistencia no telemática.

En cuanto al acceso a los medios telemáticos, ha de garantizarse un acceso en condiciones de igualdad (también de equidad y de calidad) que responda a las necesidades y características propias del paciente. En la actualidad y pese a que la telemedicina permite llegar a lugares de difícil acceso, lo cierto es que no toda la población dispone de las habilidades necesarias para interactuar a través de ella; esto puede generar desigualdades en función de la edad (el envejecimiento es un impedimento en muchas ocasiones), la condición social y entorno cultural, o el simple rechazo a un sistema que no se desea utilizar. Un medio que, en principio, puede enten-

18 No sólo desde el punto de vista de la calidad clínica de la asistencia, también hay que tener en cuenta otros aspectos que pueden afectar de forma negativa, como la discontinuidad en la asistencia o el cambio de interlocutor, que pueden provocar que el paciente pierda el referente del profesional sanitario que es responsable de su proceso de asistencia.

19 Lo que, en palabras de GONZÁLEZ QUINTANA, es confianza, lealtad, autonomía y dignidad como fundamento de la obligación moral de respecto a la intimidad y a la confidencialidad. La confianza es la seguridad y esperanza firme que se tiene en alguien (profesional); la lealtad cumplir con lo que exige la fidelidad: tener fe en otra persona; la autonomía capacidad de facilitar libremente información en base a la confianza; la dignidad porque lo que tiene precio son las cosas, pero las personas son fines en sí mismas y no se pueden instrumentalizar. C. GONZÁLEZ QUINTANA, *Intimidad y confidencialidad en el ámbito sanitario. Una perspectiva ética*, en *Rev. CONAMED*, 2020; 25(3), p. 126.

derse como beneficioso para la atención sanitaria puede, sin pretenderlo, ser agente que agrande la brecha digital. La garantía del acceso debe atender al empoderamiento del paciente (mayor conocimiento, mayor capacidad interactiva) y a quienes, por padecer una patología crónica, precisan de una relación fluida y constante. Es evidente que uno de los retos de futuro de la telemedicina es dotar de una adecuada y mayor formación, tanto a los profesionales sanitarios, como a los pacientes y sus familiares.

Por último, la cuestión relativa a la protección de datos constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la integridad de la telemedicina; integridad que tanto ha de medirse a nivel ético como, sobre todo, en el ámbito de lo jurídico. A esta última parcela es a la que hay que prestar especial atención y a ella haremos referencia expresa posteriormente, cuando abordemos las cuestiones jurídicas más relevantes que afectan a la telemedicina.

A nivel ético es imprescindible que el acto asistencial llevado a cabo a través del entorno digital, cuente con la presencia de unas formas de actuar y unas competencias y habilidades que permitan dotarlo de las garantías suficientes. Ha de ser de calidad, honesto, marcado por la claridad, consentido por el paciente, formulado por un profesional sanitario acreditado para ello, impregnado de profesionalidad, respetuoso con la privacidad y la intimidad y con altas dosis de profesionalidad.

4. Telemedicina en tiempos de pandemia

La pandemia provocada por la Covid-19 ha supuesto, de improviso, un impulso definitivo a la utilización de las TICs en muy distintos ámbitos de nuestra vida y uno de ellos ha sido, desde luego, el ámbito sanitario²⁰. Es cierto que, desde hace ya bastantes años, se viene hablando y se están im-

20 En el *III Estudio de Salud y Estilo de Vida* de Aegon (entidad aseguradora) se pone de relieve que, a nivel español, uno de cada tres encuestados afirma haber usado la telemedicina durante la pandemia. En 2020, el principal uso de la telemedicina ha sido para consultas con el médico de cabecera (73%) y consultar información (15%), por ejemplo, sobre la Covid-19. Por otro lado, el 50% de los encuestados declara haber dejado de asistir al médico en los últimos 12 meses. En 2019 ocho de cada diez encuestados afirmaba haber ido al médico al menos una vez en ese año (80%). Disponible en <https://www.aegon.es/8fb8befc-6289-434c-b0d3-c1f6e42aa879>. Por otra parte, según EpData (plataforma creada por Europa Press para facilitar el uso de datos públicos), un total de 3,01 millones de personas en España teletrabajan de manera habitual en España, lo que supone multiplicar por 3,2 veces la cifra registrada en 2019, cuando solo lo hacían 915.800 personas (disponible en <https://www.epdata.es/datos/teletrabajo-datos-graficos/517>).

plementando soluciones de e-salud o de telemedicina. Pero la pandemia ha obligado a un uso masivo y casi de un día para otro de medios telemáticos o a distancia, tanto para el contacto entre profesionales, como para el de éstos con sus pacientes, actuando, entre otros, como medio para evitar el riesgo de contagio y como fórmula de protección de los propios pacientes²¹.

Se ha reabierto el debate en torno a la telemedicina (en el ámbito de la atención primaria el incremento de la teleconsulta ha subido, en muchos países, por encima del 150%) y también se ha abierto el debate sobre los retos a los que se enfrenta. Retos éticos, por supuesto, como los referidos al principio de confianza y el acceso a la asistencia sanitaria, pero también retos para las Administraciones Públicas relacionados con los medios disponibles y la formación de los profesionales sanitarios. Los retos jurídicos, que después analizaremos, se enfrentan al desequilibrio entre una legislación muy sólida en materia de protección de datos a la que han de acomodarse las aplicaciones de la telemedicina y una legislación todavía en fase de adaptación a los nuevos avances tecnológicos y a las nuevas formas de responsabilidad. El añadido de circunstancias como el paulatino envejecimiento de la población y la cronicidad de las patologías, desvela también la existencia de retos sociales que necesitan de un urgente tratamiento. Se impone un abordaje integral en el que se conjuguen todos estos factores, se dé el soporte económico necesario para afrontar las nuevas necesidades y se inicie un proceso de reeducación teniendo en cuenta los aspectos sociales y culturales.

Ante este incremento acelerado del uso de la telemedicina, han surgido multitud de voces que ponen la voz de alarma en los aspectos más problemáticos o sin resolver que ésta pone de relieve. La propia Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España plantea un interrogante evidente ¿de qué manera implementar sistemas de telemedicina sin una normativa específica que regule esta práctica, res-

21 Las soluciones de salud digital han jugado un importante papel en la pandemia. Han facilitado el registro de las personas en las plataformas de salud a través de formularios web para la gestión de citas; se han expandido las visitas virtuales, fortaleciéndose la gestión del estado emocional de los pacientes; se han establecido canales de comunicación sincrónicos y asincrónicos; se han desarrollado aplicaciones móviles y se ha impulsado el acceso web a la historia clínica; y se han reducido las barreras burocráticas en temas como las prescripciones y las bajas, aumentando además las técnicas de análisis de datos. C. MORCILLO SERRA Y D. MARZAL MARTÍN, *Salud digital y el nuevo mundo post-pandemia*, en R. AMO USANOS Y F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (Eds.), *La humanidad puesta a prueba. Bioética y COVID-19*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2020, pp. 464 y 465.

petando las reglas de privacidad y protección de datos, o sin violentar las normas de la buena práctica clínica que en no pocos casos y a posteriori hubiera exigido el acto médico presencial?²². Las consecuencias derivadas de una pandemia ponen de relieve que herramientas como la e-consulta, la videoconferencia, la teleasistencia o la telefonía *son herramientas de un extraordinario valor que con un uso adecuado y apropiado en cada caso y situación, pueden servir de ayuda a los pacientes, al reducir visitas a los hospitales y centros de salud, prestarles una atención cercana, prescindir de traslados evitables, ante todo de los más vulnerables o disminuir riesgos para pacientes y acompañantes*²³.

En el ámbito de las profesiones sanitarias y desde la reflexión ética, resulta ineludible recurrir, tanto a los códigos de deontología, como a los principios de bioderecho, para encontrar las soluciones de justicia en las que se respeten los principios básicos de la relación asistencial (aún sin la presencialidad) y se garanticen la igualdad de oportunidades, la calidad y el componente humano de la prestación. Habrá que extrapolar su contenido a este nuevo escenario provocado por la pandemia.

En el caso español (pero extrapolable a otros países), la Comisión Central de Deontología ve ineludible la obligación de actualizar el Código de deontología médica, para incluir en las normas deontológicas esta nueva realidad relativa al uso de la tecnología en la prestación asistencial. No hay que olvidar que, en la medida en que la atención telemática es en sí un acto médico, se le ha de aplicar el código deontológico de la profesión médica y los principios básicos de la relación médico-paciente. Como dicen BOCETA-OSUNA, GARCÍA-LLANA Y ALTISENT, *la relación humaniza los cuidados, somos personas en relación con otras, que nos hacen ser quienes somos, incluso en la distancia o la ausencia. Su lado oscuro, la soledad, invadió muchas vidas durante esta crisis [...] La telemedicina alivió en parte el problema. La anamnesis y autoexploración dirigidas pueden proporcionar datos útiles para tomar decisiones, especialmente entre pacientes y médicos que se conocían previamente, pero sin olvidar que la relación clínica es más que un intercambio de datos y tiene unas exigencias deontológicas que van más allá de garantizar la confidencialidad*²⁴.

22 *La Telemedicina en el acto médico...*, ob. cit.

23 *Ibidem*.

24 J. BOCETA-OSUNA, GARCÍA-LLANA, R. H. Y ALTISENT, *Reflexiones éticas desde la experiencia práctica de la crisis COVID-19*, en *Revista Medicina Paliativa*, 2020; 27(3), p. 257. A lo que añaden, con una eminente visión práctica de la realidad de la tecnología en el ámbito de la prestación asistencial, que *la videollamada ayuda a "poner cara" en esa relación, y explorar detalles por inspección, pero*

Nos parece que, un buen punto de arranque para afrontar la solución a muchas de las cuestiones que nos suscita la telemedicina en tiempos de pandemia, puede estar en las acertadas directrices marcadas por nuestra Organización Médica Colegial. Orientaciones que tienden a fortalecer los pilares de una disciplina todavía en construcción y a mantener sin fisuras la calidad que ha de exigirse al acto asistencial no presencial. Es por ello por lo que, para el desarrollo de la telemedicina en circunstancias excepcionales, la tecnología ha de tener como punto de referencia el dotar de aún mayor humanidad al acto asistencial, ya que la relación médico-paciente, es el eje fundamental y la base sobre la que se ha de cimentar la asistencia sanitaria. Debe ajustar las respuestas de telemedicina a las circunstancias personales de cada paciente y a la luz de los principios éticos que orientan la actividad clínica. Se impone actuar con prudencia ante los cambios en la relación médico-paciente que comporta el uso de la tecnología mirando al beneficio del paciente. No podemos olvidar que la e-consulta o la asistencia telemática es un acto médico en toda su extensión, que complementa la atención presencial y que puede aportar eficacia, tanto a la actividad asistencial, como a otras acciones de salud pública y de vigilancia epidemiológica. Incluso es perfectamente viable que este tipo de asistencia sustituya el acto médico presencial, cuando éste no sea posible o no sea aconsejable ante la ponderación riesgo/beneficio; en cualquier caso la decisión debería ser consensuada entre médico y paciente y no impuesta por alguna de las partes, salvo casos de fuerza mayor en los que la decisión no dependa de ellas.

Además, hay que entender que, ante la necesidad de utilizar las herramientas que ofrece la telemedicina, debe ser el criterio del médico el que determine si ésta procede, a tenor del caso específico por el que se presta la asistencia. Y, sobre todo, prestar especial atención a que el tiempo dedicado al paciente sea suficiente (más extenso si cabe de como lo sería en una atención presencial) para que la consulta telemática reúna los requisitos de calidad y calidez. No se puede tener exclusivamente en cuenta el hecho de que la prestación sea accesible y eficaz; esto podría poner en riesgo

su desarrollo es dispar e insuficiente. Las aplicaciones comunes, como la videollamada de WhatsApp, no cumplen con la seguridad y confidencialidad del acto médico. Deberíamos desarrollar aplicaciones corporativas de videollamada que puedan descargarse en teléfonos inteligentes, y aprender a mejorar la relación clínica en este tipo de consultas, estableciendo recomendaciones para las distintas fases de la entrevista y diversas especialidades, entrenando habilidades de comunicación por esta vía y estableciendo criterios para optar por la consulta presencial. Todo esto continuará y beneficiará a muchos pacientes que no siempre requieren visita presencial y viven lejos.

la seguridad del paciente y la buena praxis médica. El tiempo es de gran importancia porque hay que intentar suplir las carencias derivadas de la falta de comunicación no verbal (tan importante en el acto médico) y de la imposibilidad de contar con una exploración física, por lo que, si dicha exploración es imprescindible, debe citarse presencialmente al paciente y, caso de no ser viable, prestar asistencia domiciliaria siguiendo los protocolos que se hayan establecido.

La telemedicina (al igual que toda actividad presencial) debe estar sujeta a control para garantizar su correcto uso y que éste se efectúa dentro de los parámetros de calidad exigibles. Esto debe estar ligado al desarrollo de medidas que garanticen la accesibilidad de los usuarios a la asistencia sanitaria y la privacidad de la atención (vías de comunicación seguras), prestando especial atención a pacientes que, por sus circunstancias personales (soledad, falta de habilidades o incapacidad) resultan más vulnerables. Por ello, también es necesario dotar de seguridad jurídica al desarrollo de la telemedicina. Hay que afrontar los interrogantes jurídicos y éticos relacionados con la asistencia telemática y los que surgen de la responsabilidad profesional que puede derivarse ante un diagnóstico no presencial que pueda causar perjuicios al paciente.

5. Aproximación al fenómeno de la telemedicina desde el ordenamiento jurídico español

Si nos centramos ahora en el aspecto más puramente jurídico, en los últimos tiempos y ante el aumento exponencial ya mencionado del uso de la telemedicina como consecuencia de la pandemia, se ha venido destacando la ausencia de una regulación específica (y necesaria) para la prestación telemática. En este sentido, es interesante analizar en qué medida esto es así y los ámbitos en los que, en su caso, esta ausencia de regulación podría plantear mayor problema.

En principio, podría entenderse que la telemedicina, salvo algunas referencias normativas puntuales, no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Y, ciertamente, si nos fijamos en el medio a través del cual se presta la asistencia sanitaria (presencial o telemático), en general, en España la normativa sanitaria no hace referencia a esta cuestión, incluso podría considerarse que se parte de la prestación asistencial tradicional, esto es, la presencial. Pero esto no significa que sea una situación no regulada. Como ha recordado la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España en el ya mencionado informe “La

telemedicina en el acto médico”, de 10 de junio de 2020, la atención telemática hay que considerarla un verdadero acto médico. Por ello, y como tal acto médico, se encuentra regulado por la legislación sanitaria.

En los apartados anteriores ya se ha hecho mención a que la telemedicina implica una serie de riesgos, unos asociados a los medios técnicos/tecnológicos utilizados para la asistencia sanitaria (mayor dificultad de identificación de los intervinientes; más acumulación y mayor riesgo en el tratamiento de datos personales, incluida la intervención de un tercero en la relación -el prestador del servicio a distancia-; falta de medios y/o formación en su uso; posibles problemas en el mantenimiento del servicio...); y otros más directamente relacionados con la prestación asistencial en sí (como por ejemplo, la influencia que el uso de estos medios pueda tener en un error diagnóstico y la consiguiente responsabilidad del profesional). Y desde este punto de vista, se ha reclamado la necesidad incluso de una norma que regule específicamente el ejercicio de la telemedicina.

Pero ¿Realmente es necesaria esta norma? Y, en caso afirmativo ¿Cómo abordamos esa regulación? Vamos a referirnos brevemente en las siguientes páginas a la actual legislación española (preferentemente sanitaria, aunque no solo), para revisar sus principios básicos y en qué medida se aplican a la telemedicina o hacen referencia a ella, resaltando en su caso aquellos aspectos en los que la legislación necesitaría de una revisión o mejora para dar mejor respuesta a la atención telemática.

5.1 La garantía de acceso a la prestación sanitaria y a los servicios digitales de salud

Empezaremos por una referencia a la normativa sanitaria básica estatal en la que se establecen los pilares de nuestro sistema de salud y en la que se concreta el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución española (en adelante, CE)²⁵. En ella no se establecen criterios específicos para la prestación asistencial a distancia o telemática, sino que de forma genérica se garantiza el acceso a la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad.

25 Cabe recordar que el art. 43 CE se inserta, no en el capítulo dedicado a los derechos y libertades, sino en el referente a los principios rectores de la política social y económica. De ahí que, conforme al art. 53.3 CE, su reconocimiento y protección debe instrumentarse a través de la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo pueden ser alegados conforme a lo dispuesto en la legislación que los desarrolle.

Así, el artículo 3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS) regula específicamente esta garantía de acceso en condiciones de igualdad (recogiendo el llamado principio de universalidad de la asistencia sanitaria y estableciendo un Sistema Nacional de Salud -SNS- público) y, en otros, como los artículos 12 u 81, se incide en el acceso igualitario (desde el punto de vista territorial)²⁶.

Por su parte, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, LCCSNS) incide en la garantía de acceso a la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad, equidad y calidad, estableciendo un conjunto de medidas de coordinación y cooperación entre las Administraciones públicas sanitarias. En esta Ley se regula el catálogo de prestaciones del SNS y la cartera común de servicios del SNS (arts. 7 y ss.); aspecto este último desarrollado por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, en donde se contiene actualmente dicha cartera de servicios comunes y el procedimiento de actualización. En esta cartera, la única mención que podemos relacionar con la prestación no presencial sería, a propósito de la cartera de servicios comunes de atención de urgencia, la atención telefónica por los servicios coordinadores de urgencias, que incluye, además de la asignación de la respuesta más adecuada a cada urgencia sanitaria, *la información y la orientación o consejo sanitario* (Anexo IV, ap. 2.1).

No obstante, en plena pandemia y como herramienta para hacer frente a la expansión de la misma, el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES) del Ministerio de Sanidad, en su informe: “Covid-19: Recomendaciones sanitarias para la estrategia de transición”, de 25 de abril de 2020, incluyó para los servicios de atención primaria, como medida adicional, el favorecer la telemedicina para consultas; medida que, en la práctica, se ha venido implementando en todo el territorio español. Aquí encontramos un ejemplo de lo que se ha comentado anteriormente: el impulso del uso de la telemedicina, con ocasión de la pandemia, desde las propias instituciones sanitarias y en ámbitos donde hasta entonces prácti-

26 El Tribunal Constitucional español ha abordado, entre otras, en su sentencia 33/2017, de 1 de marzo (BOE de 7-4-2017) la configuración del derecho a la protección de la salud en cuanto al acceso a la prestación, analizando entre otros a quién se le reconoce dicho acceso, en relación con la posible inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. En esta sentencia se recogen, además, los criterios sentados en sentencias previas sobre esta misma cuestión, como la STC 139/2016, de 21 de julio (BOE de 15-8-2016) o la STC 183/2016, de 3 de noviembre (BOE de 12-12-2016).

camente no se había acudido a ella, al menos en la sanidad pública (así, en consulta de atención primaria).

Como podemos comprobar, en la legislación sanitaria básica estatal, aunque no haya una configuración específica respecto a la atención telemática o a distancia, sí se reconoce el acceso a la prestación en sentido amplio, en los términos establecidos en dicha normativa (así como en su desarrollo por las Comunidades Autónomas).

En cambio, en el borrador de Carta de Derechos Digitales sí se reconoce específicamente (en el artículo XXI, dedicado al derecho a la protección de la salud en el entorno digital) el acceso en condiciones de igualdad, accesibilidad y universalidad a los servicios digitales de salud²⁷. Por tanto, esa garantía de acceso, regulada con carácter general en la normativa sanitaria, se extiende en esta Carta al acceso a los servicios digitales de salud. La Carta señala específicamente (apdo. 6 de dicho artículo) que los poderes públicos deberán impulsar el acceso universal a los dispositivos tecnológicos desarrollados con fines terapéuticos o asistenciales. Cosa distinta es la ausencia de valor normativo de esta Carta y su carácter fundamentalmente programático. Tal y como reconoce el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que ha impulsado la Carta (dentro del Plan España Digital 2025), en el texto se pretende recoger un *conjunto de principios y derechos para guiar futuros proyectos normativos y el desarrollo de las políticas públicas de forma que se garantice la protección de los derechos individuales y colectivos en los nuevos escenarios digitales*²⁸. En cualquier caso, y aun cuando la prestación telemática se ha considerado incluida dentro de la prestación sanitaria en sentido amplio sin necesidad de una regulación concreta, la Carta supone un punto de impulso para un reconocimiento específico a futuro de los servicios digitales en nuestra normativa (especialmente debería ser en la sanitaria, mediante una actualización de las normas mencionadas anteriormente).

27 Puede accederse al borrador para consulta pública de la Carta de Derechos Digitales en: https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/audienciapublica/Paginas/SEDIA_Carta_Derechos_Digitales.aspx.

28 Puede accederse a esta información en: <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcion-publica/secretaria-general-de-funcion-publica/Actualidad/2020/11/2020-11-19.html>. La introducción a la Carta (accesible en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIAIntroduccionCartaDerechosDigitales.pdf) señala que su objetivo es descriptivo, prospectivo y prescriptivo, y que no tiene carácter normativo.

5.2 Los principios básicos aplicables a la prestación asistencial

Reconocida como tal la garantía de acceso a la prestación sanitaria (incluida la atención telemática y servicios digitales de salud), procede ahora detenerse en los principios básicos aplicables a la misma. Para ello, podemos acudir como norma de referencia a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP). Aunque en ella tampoco se menciona la atención telemática, qué duda cabe de que sus principios en materia de autonomía del paciente e información y documentación clínica son plenamente aplicables a cualquier tipo de asistencia sanitaria. En este sentido, es importante que las partes implicadas (profesional y paciente) sean conscientes de que se está ante un acto médico en el caso de la atención telemática. Tal y como recuerda la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España en el informe antes señalado (de junio de 2020), tanto el médico como el paciente deben utilizar esta nueva realidad con responsabilidad y considerarlo en sí un verdadero acto médico, ya que, por ejemplo, puede ser frecuente que *dada la novedad del sistema y su forma de implantación, el paciente no tenga claro que “la llamada de su médico” es ya en sí un acto médico, por lo que pueda tender a sobreutilización de este limitando así el acceso a otros pacientes que lo necesiten*²⁹.

Los principios rectores que establece la LAP, y que son aplicables a cualquier acto médico, se sintetizan en su artículo 2, pudiéndose destacar, entre otros: el respeto a la dignidad de la persona, su autonomía e intimidad; la información al paciente y la obtención de su previo consentimiento, que debe ser respetado por el profesional; el deber de secreto; o los deberes en materia de documentación clínica.

En relación con estos principios, la Comisión Central de Deontología recuerda en dicho informe que el uso de medios telemáticos y no presenciales son conformes a la deontología médica si cuentan con el consentimiento al menos verbal del paciente (o persona que deba prestarlo en su nombre), del que debe dejarse constancia en la historia clínica, así como la obligación de asegurar la intimidad y confidencialidad del paciente, entre otros (ap. 4.3); aspectos todos ellos asegurados desde el punto de vista jurídico en la LAP. También hace mención a que se debe dejar constancia por escrito en la historia clínica del medio de teleasistencia.

29 La Telemedicina en el acto médico..., ob. cit., ap. 2.

Ahora bien, aunque, como se acaba de señalar, los principios básicos establecidos en la LAP son aplicables a cualquier acto médico (sea o no presencial), las peculiaridades que pueda presentar la atención sanitaria telemática o por medios no presenciales, sí hacen aconsejable una actualización de esta Ley, ya sea para establecer una referencia a la nueva realidad tecnológica de atención sanitaria (por ej., cuando se define en su art. 3 lo que es una *intervención en el ámbito de la sanidad*)³⁰, ya para concretar la aplicación de algunos aspectos en el ámbito de la telemedicina (por ej., en relación con el consentimiento informado o la identificación del paciente), ya para prever la nueva realidad tecnológica en materia de documentación clínica, en particular, en la definición, contenido, conservación o acceso a la historia clínica (cap. V). Se trata éste último, además, de un capítulo especialmente necesitado de actualización, pues la realidad del tratamiento de la información sanitaria y organización de la historia clínica ha sufrido importantes cambios desde la aprobación de la Ley en el año 2002 con la irrupción de la tecnología en este ámbito. De hecho, los sistemas de historia clínica electrónica (tanto nacional como autonómicos), se han puesto en marcha sin referencia específica al respecto en la LAP y, por ello, sin que se regulen los cambios o mayores riesgos que esto pueda suponer³¹.

5.3 Confidencialidad y protección de datos personales

El respeto a la confidencialidad de los datos referentes a la salud constituye otro de los principios básicos aplicables a la prestación asistencial (art. 7 LAP) y que, como se ha puesto de relieve a lo largo de este trabajo, cobra especial relevancia en el contexto de la telemedicina, precisamente

30 También el art. 2.1.b del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, recoge una definición de “actividad sanitaria” sin referencia a la modalidad de prestación (*conjunto de acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, dirigidas a fomentar, restaurar o mejorar la salud de las personas realizadas por profesionales sanitarios*).

31 Sí se contenía, en la normativa española de protección de datos previa al RGPD, alguna referencia a la admisibilidad de la cesión de datos sanitarios con este fin, así como al intercambio de información en salud (incluido por medios electrónicos) entre organismos, centros y servicios del SNS previsto en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 56). Como excepción a la situación descrita, la Comunidad Autónoma de Galicia sí ha regulado la puesta en marcha de su sistema de historia clínica digital (Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica).

por los mayores riesgos que conlleva el uso de la tecnología y el acceso remoto que en estos casos se produce (así, mayor acumulación de datos, mayores riesgos por su tratamiento automatizado y el acceso a los mismos, posibles brechas de seguridad, ataque cibernético, intervención de un tercero proveedor del servicio tecnológico, seguridad de las plataformas utilizadas...).

Pues bien, si a la normativa sanitaria se le ha criticado su falta de actualización o adaptación al fenómeno de la telemedicina y los servicios digitales de salud, esto no ocurre tanto con la relativa a la protección de datos personales. Para el caso de la telemedicina y los riesgos mencionados, contamos actualmente con el Reglamento general de protección de datos (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en adelante RGPD), complementado en España con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD). En el RGPD se mantiene el carácter de datos especialmente protegidos para los datos de salud, estableciéndose un número tasado de supuestos que legitiman el tratamiento de estos datos (con referencias específicas al sector salud). Pero, además, y partiendo del principio de responsabilidad proactiva, se establece la obligación del responsable del tratamiento de evaluar el tipo de tratamiento que realiza y los riesgos que conlleva (evaluación de riesgos) y, en función de eso, adoptar las medidas correspondientes para cumplir con la normativa de protección de datos (arts. 5.2, 24 RGPD).

Los mayores riesgos que implica el tratamiento de datos de salud conllevan la necesidad de adoptar medidas especiales de protección. El RGPD prevé expresamente algunas (como el registro de actividades de tratamiento, art. 30; notificación de las brechas de seguridad, conforme a los arts. 33 y 34; o la realización de una evaluación de impacto y el nombramiento de un delegado de protección de datos en ciertos casos, art. 35 RGPD, también art. 34 LOPDGDD). Por otra parte, en el caso de los terceros proveedores de servicios digitales para la prestación de la telemedicina, deberán cumplirse los requisitos establecidos para el encargado del tratamiento, entre otros, en el artículo 28 RGPD³².

En cualquier caso, y a pesar de que contamos con el marco jurídico establecido en el RGPD, en España existe una absoluta dispersión de la legislación que regula el tratamiento de datos sanitarios (entre la normativa

32 Sobre el tema puede ver, entre otros, LÓPEZ CALVO, J. (Coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2019.

de protección de datos -especialmente la disposición adicional 17 LOP-DGDD³³- y la legislación sanitaria) e, incluso, una falta de coordinación entre ambas normativas³⁴, lo que dificulta enormemente su comprensión y aplicación. De ahí que sea necesaria una actualización de normas como la LAP o la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, entre otras, para adaptarlas a los principios de protección de datos recogidos en la legislación específica en la materia y, por qué no, también dar cabida en ella a la nueva realidad tecnológica en el uso de los datos de salud. Es más, incluso sería conveniente para esta actualización acudir a una legislación específica sobre protección de datos sanitarios.

5.4 Responsabilidad del profesional sanitario

Un tema que preocupa especialmente es la influencia que el ejercicio de la telemedicina pueda tener de cara a la responsabilidad del profesional sanitario. Al igual que en otros ámbitos a los que nos hemos referido, no existe una regulación o mención específica para este caso. Las reglas que entran en juego son, pues, las normas generales de responsabilidad que se vienen aplicando en el ámbito sanitario³⁵.

33 Mediante esta disposición adicional se intentó suplir el vacío que se producía en la regulación del tratamiento de los datos de salud con fines de asistencia sanitaria e investigación; aunque no deja de ser una aproximación de urgencia a este tema.

34 Algunas contradicciones fueron suplidas por la propia LOPDGDD, mediante modificaciones menores en la LGS o en la LAP (vid. disp. finales 5ª y 9ª LOPDGDD).

35 Responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por la asistencia sanitaria pública (arts. 32 y ss. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público); responsabilidad civil en el caso de asistencia sanitaria privada (conforme al Código civil y la legislación sanitaria), en la que se parte de una responsabilidad por culpa. Además, también es posible la exigencia de responsabilidad (objetiva) conforme al artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el caso de que los daños deriven de aspectos organizativos o de prestación del servicio sanitario (se excluye en este caso la responsabilidad derivada del acto médico en sí), limitada aquí a la cuantía de 3.005.060,52 euros. En esta última se incluiría, por ej., la responsabilidad por el instrumental o productos defectuosos utilizados y que, si lo aplicamos a la telemedicina, podríamos pensar, por ej., en supuestos de fallo en el mantenimiento o en la disponibilidad de la plataforma tecnológica utilizada. Sobre el tema, vid. M. ZAMBONINO PULITO, *Salud electrónica y responsabilidad profesional*, en Pérez Gálvez, (Dir.), *Salud electrónica. Perspectiva y realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 71 y ss.; J.F. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020.

No obstante, la jurisprudencia sí ha tenido ocasión de pronunciarse sobre casos en que se discute una posible responsabilidad por error en el diagnóstico y en los que se había producido una asistencia a distancia o recurso a la telemedicina, ya sea en exclusiva o junto a una atención presencial. La mayor parte de ellos se refieren a supuestos de asistencia telefónica, aunque encontramos algún caso en el que se acude a la consulta en línea o telemática. Vamos a hacer una referencia sucinta a alguna de estas sentencias. En ellas podremos observar en qué medida el recurso a la asistencia telemática puede o no generar una responsabilidad por mala praxis distinta o más agravada que en casos de atención presencial.

Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de marzo de 2008³⁶, se condena a un ginecólogo porque su actuación no se ajustó a la *lex artis al realizar un diagnóstico erróneo, a distancia, por teléfono y sin haber practicado todas las pruebas diagnósticas previas en atención a la sintomatología que presentaba la demandante*. En este caso, como se puede observar, el mero recurso a una asistencia a distancia (por teléfono) fue determinante de la condena, al entender el tribunal que, dada la sintomatología, debió haber aplicado otros medios (presenciales) para la atención³⁷. Es más, la sentencia, ante la alegación del demandado de que la telemedicina se acepta y promueve, recoge una visión restringida y acota el papel que debe reservársele (en la línea con la propia visión y escasa extensión de la telemedicina en aquél momento, tal y como se ha puesto de relieve en otros apartados de este trabajo): *la teleasistencia tiene una significación diferente, incluye determinado tipo de servicios entre ellos la asistencia remota (Consulta/diagnóstica entre diferentes facultativos para elaboración de un diagnóstico común y monitorización/vigilancia), gestión de pacientes y administración, información sanitaria a la población y formación e información a distancia a profesionales, que en nada afecta al ámbito y circunstancias en que se produjeron los hechos*.

En este sentido de considerar insuficiente la asistencia telefónica y, por tanto, entender que no se ha actuado conforme a la *lex artis*, encontramos otros pronunciamientos judiciales. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007³⁸ se admite la argumentación dada por la sentencia recurrida (desestimando el recurso de casación), en la que se

36 Sentencia nº 106/2008 de 13 marzo (ECLI: ES:APMU:2008:224).

37 En esta línea, la sentencia recuerda el criterio del Tribunal Supremo (recogido en su sentencia de 23 de mayo de 2003) en el sentido de que: “La actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateo de medios ni esfuerzos”.

38 Sentencia nº 1162/2007 de 8 noviembre (ECLI: ES:TS:2007:7183).

entiende que la atención meramente telefónica fue causa del error de diagnóstico, pues no se pusieron todos los medios al alcance para evitarlo³⁹. Igualmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 30 de abril de 2013⁴⁰ entiende que los servicios de urgencias prestaron una deficiente asistencia a la llamada telefónica que recibieron. El Tribunal acoge las apreciaciones que se contienen en el informe del Inspector Médico, que califica de incompleta la actuación del profesional médico, dado que no llegó a explorar al enfermo para actuar con un mejor criterio, remitiéndolo al centro hospitalario para que le efectuaran las pruebas diagnósticas que requería, y que *infravaloró los síntomas que le fueron transmitidos por la reclamante telefónicamente, así como los antecedentes clínicos del enfermo, de tal forma optó por considerar suficiente la interconsulta telefónica*, sin desplazarse para comprobar por sí mismo el estado del enfermo y propiciar su traslado inmediato a un hospital.

En cambio, cuando se trata de la valoración previa que realiza el servicio de atención telefónica de urgencias, los tribunales parecen no ser tan exigentes. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de diciembre de 2014⁴¹, se produjo un error en el diagnóstico (se calificó como crisis de ansiedad lo que en realidad era un infarto), lo que llevó a la clasificación del caso como urgencia demorable, dando lugar finalmente a la muerte de la persona. Para el Tribunal, la inicial sospecha diagnóstica *no se estableció a la ligera, sino a partir de una valoración adecuada de la información y evidencia disponible merced a una limitada comunicación telefónica*; y, aunque admite que se le podría haber exigido una comprobación más completa o indagación de otros síntomas (dado que el cuadro que presentaba la persona era compatible con un fallo cardíaco), atendiendo al contenido de la llamada de la fallecida, el diagnóstico de sospecha limitado a un ataque de ansiedad no incurrió en un error manifiesto o grave. En la sentencia se recuperan también afirmaciones del tribunal de instancia acer-

39 *La atención meramente telefónica que el demandado dedicó a la llamada de la demandante se vincula directamente con su error de diagnóstico calificando de gastroenteritis lo que era un desprendimiento prematuro de placenta (...), pues si no se hubiera actuado con tanta ligereza, si hubiera visto personalmente a su paciente y le hubiera prestado toda la atención que su estado requería, su cualificada preparación profesional y el empleo de todos los medios técnicos que tenía a su disposición le habrían permitido detectar cuál era la verdadera patología de su paciente y aplicarle los remedios de su ciencia médica.*

40 Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª), sentencia nº 300/2013 de 30 abril (ECLI:ES:TSJCV:2013:3004).

41 Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª), sentencia nº 1141/2014 de 4 diciembre (ECLI:ES:TSJAND:2014:14567).

ca de la telemedicina y su aplicación. En este sentido, se pone de relieve *la dificultad de los diagnósticos no presenciales, impuestos por la realidad de la prestación de un servicio de urgencias en grandes áreas de población, donde no es posible el encuentro personal entre médico y paciente*, refiriéndose incluso al artículo 26.3 del Código de Deontología Médica de 2011, en el que se señala acorde a la deontología médica los sistemas de orientación a pacientes mediante consulta telefónica, cuando se usan exclusivamente como ayuda en la toma de decisiones⁴².

En otros casos, la atención telefónica aparece como un apoyo y se integra dentro de una asistencia sanitaria más amplia que incluye atención presencial. Así, por ejemplo, en el caso planteado en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2015⁴³, se discutió si se había producido un error en el diagnóstico, ya que por parte del médico de familia que le atendió (presencialmente) en un primer momento, se diagnosticó infección urinaria (con prueba positiva al respecto), pero no se detectó la meningitis que sufría y que, a la postre, le originó importantes secuelas. Tras unos días, y al no tener mejoría el paciente, la familia llamó al centro de salud, en donde le indicaron que la medicación tardaría unos días en hacer efecto. La parte recurrente discutía, entre otros extremos, la adecuación de la mera asistencia telefónica ese día, cuando, una vez personado posteriormente el equipo médico en su domicilio, se advirtió la gravedad de la situación y se le derivó al hospital. Pues bien, en relación a dicha asistencia telefónica, se recogen en la sentencia las afirmaciones de la sala de instancia (y que son validadas por el Tribunal Supremo, al entender que la valoración de la prueba no fue irracional, ni ilógica), y que entendió *que es correcta al no concurrir nuevas circunstancias, no existía mejoría con el tratamiento comenzado apenas 24 horas antes; en todo caso -añade- a las pocas horas*

42 En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de abril de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia nº 237/2018 de 10 abril (ECLI:ES:TSJM:2018:3512), lo que se discute principalmente es la demora en el envío de la ambulancia (que el Tribunal acaba calificando como excesiva y, por ende, constitutiva de un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración) y las consecuencias de este retraso; pero se analiza también, en relación con dichas consecuencias, las indicaciones médicas transmitidas telefónicamente desde los servicios de emergencias, que el Tribunal considera que fueron conformes a la *lex artis* (la atención médica prestada a través de línea telefónica por el facultativo de SUMMA 112 fue adecuada en cuanto condujo a detener la hemorragia externa que se había producido como consecuencia de la herida y en cuanto a no indicar el traslado de la paciente al hospital ante la sospecha de una fractura de cadera).

43 Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª (ECLI:ES:TS:2015:4223).

acudió un médico al domicilio que lo envió al hospital por lo que se pusieron todos los medios disponibles: asistencia domiciliaria, ambulancia, traslado al hospital e ingreso en UCI. Como se puede comprobar, en el caso se valoró especialmente si se pusieron todos los medios y esfuerzos para una correcta asistencia sanitaria al paciente, sin que el hecho de que en un determinado momento solo se prestara asistencia telefónica y no domiciliaria fuera considerado por el tribunal una mala praxis, dentro del conjunto de actuaciones que se llevaron a cabo. Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de octubre de 2019⁴⁴, se discutía, entre otros aspectos de la asistencia sanitaria prestada, si hubo mala praxis en el hecho de que la doctora no atendiera personalmente la llamada de la paciente o no la citara a consulta inmediata. En el caso hubo incluso discrepancia por parte de los peritos en cuanto a la adecuación de esta actuación al código deontológico. Para el Tribunal, *el hecho de que se efectuase una atención meramente telefónica, aún cuando merezca reproche en abstracto, no determina la responsabilidad de la misma*, ya que por la sintomatología que presentaba, la actuación fue correcta.

A diferencia de las anteriores, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2017⁴⁵ se plantea un caso con tintes distintos, ya que se trata de utilización de consulta telemática con otro profesional para diagnóstico médico, junto con asistencia presencial. En el supuesto planteado se discute la correcta asistencia y diagnóstico realizado a un militar que prestaba servicio en la Fragata Blas de Lezo, que estaba realizando unas operaciones en la costa este de los EEUU. En concreto, junto a la asistencia que se le estaba prestando por los servicios médicos de la fragata, se produce una conexión por videoconferencia con el servicio de teleasistencia del Hospital Militar Central de la Defensa “Gómez Ulla” en Madrid, que ratificó el diagnóstico realizado por el personal de dicha fragata y que, a la postre, resultó erróneo. No obstante, en la sentencia el debate se centró en si existió mala praxis por la tardanza en la evacuación y por la insuficiente atención médica, al no haber tenido en cuenta los antecedentes familiares del paciente, sin que fuera objeto de especial discusión la existencia de un diagnóstico realizado por consulta telemática. Al tratarse de una consulta entre profesionales, la sentencia de hecho lo utiliza como un argumento más a favor de la correcta atención médica prestada (que *quedó reforzada*, a entender del tribunal, por dicha conexión mantenida por videoconferencia). Ahora bien, no hay que olvidar que aquí el recurso a la telemedicina se pro-

44 Sentencia nº 549/2019 de 24 octubre (ECLI:ES:APA:2019:3396).

45 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (ECLI:ES:AN:2017:4502).

duce en uno de los ámbitos tradicionalmente admitidos y que ha planteado poca discusión desde el punto de vista deontológico, como es la consulta entre profesionales. Pero, en cualquier caso, es de resaltar cómo el error en el segundo diagnóstico producido mediante atención telemática no tiene una trascendencia relevante en el resultado de la apreciación del tribunal.

Dejando a un lado este último supuesto, por los caracteres especiales que plantea (consulta entre profesionales), de la jurisprudencia analizada sí se pueden extraer algunas ideas en relación con la responsabilidad del profesional sanitario: a) se puede observar una cierta evolución en la aproximación y aceptación por parte de los tribunales del uso de la telemedicina, acorde con la propia evolución que se ha producido por las sociedades profesionales y códigos deontológicos en esta materia; b) aun así, y dentro del papel que se reserva a la telemedicina fundamentalmente como complemento a la atención presencial, suelen existir mayores pronunciamientos condenatorios por mala praxis en los casos de atención únicamente telemática/telefónica (normalmente por falta de utilización de todos los medios necesarios para un correcto diagnóstico); c) caso especial sería el de los servicios de atención telefónica de emergencias (uno de los pocos supuestos de telemedicina expresamente previsto en nuestra legislación), y en el que se parte de la función y limitaciones propias de este servicio a la hora de valorar una actuación conforme a la *lex artis*; d) en cualquier caso, no se puede afirmar la existencia de una mala praxis para la telemedicina distinta de la que se produce en el ámbito tradicional de la atención médica⁴⁶, siendo los criterios que aplican los tribunales los mismos, independientemente del método de asistencia utilizado.

A la vista de lo anterior, podríamos cuestionarnos en qué medida es necesaria una regulación específica de la responsabilidad en telemedicina, más allá de supuestos concretos que actualmente no se puedan cubrir con la regulación existente⁴⁷.

46 En este sentido, E. ASENSI PALLARÉS Y J. MURILLO BALLELL, ob. cit., p. 20, quienes analizan la cobertura de los seguros de responsabilidad patrimonial respecto al uso de la telemedicina. Señalan estos autores que tanto la asistencia presencial como a distancia estarían englobadas en los amplios términos de estos seguros; pero serían insuficientes respecto de otros riesgos distintos de la negligencia profesional (como por ej., por el incumplimiento de la normativa de protección de datos, daños provocados por ciberataques, interrupción del negocio...).

47 Así, por ej., respecto de la responsabilidad derivada del uso de la inteligencia artificial y algoritmos (entre los últimos pronunciamientos al respecto puede verse la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL))). Por su parte, señala M. ZAM-

5.5 Otras cuestiones

Por último, es preciso recordar que el hecho de que la prestación sanitaria se realice de forma telemática no afecta a la necesaria autorización administrativa previa que requiere cualquier centro o establecimiento sanitario para la prestación del servicio (art. 29 LGS; art. 27.3 LCCSNS), ni a la inscripción en el correspondiente registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios (art. 40.9 LGS; art. 26.2 LCCSNS)⁴⁸. Igualmente, la publicidad de un servicio sanitario telemático está sujeta a las estrictas normas de publicidad de los servicios sanitarios en general (por ej., en cuanto al cumplimiento de los principios de transparencia y veracidad; o a la necesidad de autorización administrativa previa en ciertos casos⁴⁹)⁵⁰.

No obstante, en la práctica pueden plantear problemas ciertas plataformas, aplicaciones o webs interactivas que manejan información sanitaria o que incluso prestan cierto asesoramiento en la materia. Respecto de las mismas podríamos plantearnos cuándo estamos realmente ante el uso de telemedicina y cuándo deben someterse a la normativa y autorizaciones correspondientes previstas en la regulación de los servicios y productos sanitarios⁵¹. Un buen ejemplo de lo que venimos comentando lo hemos

BONINO PULITO, ob. cit., pp. 92-94, que del establecimiento de un estatuto claro de derechos y obligaciones del profesional que decide utilizar la telemedicina va a depender que se pueda despejar la existencia de responsabilidad patrimonial; estatuto que considera más preciso en la medida en que en la causación del daño puedan intervenir varios profesionales, algo habitual en el ámbito de la telemedicina (la autora remite para este aspecto a lo dispuesto en el art. 9 Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de profesiones sanitarias). Desde el punto de vista del elemento causal, la autora considera aplicables, en el caso de daños derivados de la telemedicina, los requisitos comúnmente exigidos para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración en general, y de la sanitaria, en particular.

48 Puede consultarse información sobre el registro y normativa reguladora en: <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/prestaciones/regCess/home.htm>.

49 Cfr. arts. 6 y 7 Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

50 Ahora bien, en el caso de asistencia sanitaria transfronteriza hay que tener en cuenta que la legislación que se aplica es la del Estado miembro de tratamiento y, en el caso de la telemedicina, éste es el Estado en donde esté establecido el prestador (arts. 3.d, 4.1 de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza).

51 En el caso de productos sanitarios, Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (traspuesta al ordenamiento interno español por el Real Decre-

visto durante la pandemia con una herramienta impulsada desde el propio Gobierno. Así, la Orden del Ministerio de Sanidad de 27 de marzo de 2020⁵² establecía el desarrollo de una aplicación de apoyo a la gestión de la pandemia y que tendría como funciones *realizar al usuario la autoevaluación en base a los síntomas médicos que comunique, acerca de la probabilidad de que esté infectado por el COVID-19, ofrecer información al usuario sobre el COVID-19 y proporcionar al usuario consejos prácticos y recomendaciones de acciones a seguir según la evaluación* (art. 1.1). La propia Orden se encarga de aclarar que *la aplicación no constituirá, en ningún caso, un servicio de diagnóstico médico, de atención de urgencias o de prescripción de tratamientos farmacológicos*, y que no sustituirá en ningún caso a la consulta con un profesional médico. Con ello, se quiere evitar que por la finalidad o uso de la aplicación pueda considerarse como un producto sanitario sometido a la legislación específica⁵³.

Pero la línea divisoria entre cuándo estamos ante el uso de telemedicina o cuándo podemos hablar de un producto sanitario en algunos casos será difusa e, incluso, dada la evolución prevista del uso de la tecnología por parte de los pacientes, puede dar lugar a que nos planteemos si algunos supuestos actualmente excluidos no necesitarán en el futuro de una previsión específica⁵⁴.

to 1591/2009, de 16 de octubre), que será sustituida por el Reglamento (UE) 2017/745 (cuya entrada en vigor se ha demorado hasta el 26 de mayo de 2021).

52 SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

53 Señala M.E. TEIJEIRO LILLO, *La práctica profesional a través de dispositivos médicos electrónicos*, en J.F. Pérez Gálvez (Dir.), *Salud electrónica. Perspectiva y realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 142, que en este ámbito de los productos sanitarios las apps no se diseñan para facilitar datos poblacionales, proporcionar diagnósticos genéricos, ofrecer información general, etc., sino para aportar beneficios a los pacientes apoyando e influyendo en la atención sanitaria.

54 Sobre el tema, vid. V. ALARCÓN SEVILLA y M.B. ANDREU MARTÍNEZ, *La vulnerabilidad de los datos de salud en tecnología móvil*, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 42, 2016, pp. 135 y ss. Por su parte, E. ASENSI PALLARÉS y J. MURILLO BALLELL, ob. cit., p. 10, hacen referencia a las plataformas, webs, grupos en redes sociales o perfiles de profesionales sanitarios a título individual que han proliferado con la pandemia y cuyo objetivo es prestar un asesoramiento sanitario a pacientes a distancia. Señalan estos autores que algunas de estas iniciativas son ejemplos de telemedicina, puesto que el profesional sanitario (debidamente habilitado) presta una asistencia sanitaria a distancia al usuario (paciente), valiéndose de las TIC.

6. Desafíos de futuro desde la racionalidad y la prudencia

Toda la realidad descrita y todos los argumentos esgrimidos han de traducirse en la firme decisión de afrontar los desafíos (que ya se intuyen) ante este uso cada vez más generalizado de la telemedicina. No cabe duda de que se va a necesitar una auténtica revolución digital que sistematice el trabajo de los profesionales sanitarios y que les permita dedicar el tiempo necesario al ámbito clínico, minimizando la burocracia en el proceso de atención y automatizando las tareas que no aportan valor y que, incluso, pueden derivarse a otro profesional sanitario. Va a ser esencial contar con agendas personalizables y flexibles que asignen un intervalo de tiempo adaptado a la necesidad de cada paciente e, incluso, filtrar las citas de los pacientes para programar una atención presencial o telemática en función del problema de salud. Va a ser de gran importancia paliar el déficit de acceso digital mediante la posibilidad de llevarlo a cabo en centros de mayores, centros municipales, asociaciones, etc. Debería generalizarse el acceso del paciente a sus datos, pruebas diagnósticas, informes y citas de forma ágil e inmediata (más de una centralita ha quedado colapsada por consultas relativas a las PCRs en este estado de pandemia). Y, por supuesto, es preciso actualizar las infraestructuras de base tecnológica, convertir los centros de salud en un referente de modernidad exento de temas burocráticos⁵⁵.

La salud digital va a precisar de una profunda transformación digital de la medicina que va a suponer la adaptación de múltiples procesos como *la capacidad de obtener el consentimiento informado, los términos y condiciones de uso, la verificación de la identidad y ubicación del paciente y el uso de plataformas seguras entre otras. No se trata sólo de digitalizar lo convencional, sino de crear un nuevo sistema digital innovador; un profundo cambio de modelo sanitario necesario para aprovechar las ventajas que nos brinda la tecnología en este momento*⁵⁶.

La crisis provocada por la Covid-19 ha puesto de relieve la necesidad de hacer una profunda revisión del papel que desempeñan las tecnologías de la información y de la comunicación en el campo de la asistencia sanitaria. Tal revisión habrá que hacerla cuando las circunstancias extraordinarias actuales mejoren y se estabilicen, porque será en un entorno de normalidad cuando se puedan analizar con ecuanimidad cuáles son las ventajas e inconvenientes de su utilización y cuáles son las adaptaciones que hay que

55 L. CARBAJO MARTÍN, *COVID-19 y oportunidad de transformación digital*, en *Revista Clínica de Medicina de Familia*, 2020; 13(3), p.178 y 179.

56 C. MORCILLO SERRA y D. MARZAL MARTÍN, ob. cit., p. 470.

llevar a cabo en el sistema sanitario. Y ello sin perder de vista el montante de la inversión económica necesario, para no construir un marco teórico imposible de llevar a la práctica de forma adecuada.

Las situaciones excepcionales exigen siempre decisiones excepcionales, por eso hay que evitar que los argumentos esgrimidos para paliar circunstancias coyunturales, se trasladen a tiempos de normalidad. A veces ésta es una tentación difícil de eludir. La sociedad es más proclive a aceptar soluciones que entrañan limitaciones para los derechos de las personas en momentos de crisis; y más si la crisis está asociada a un riesgo para la salud. Aceptamos decisiones que sabemos que afectan a nuestros derechos, pero que estamos dispuestos a aceptar con carácter temporal, lo cual también tiene su justificación jurídica, pues el bien común está en juego y ha de anteponerse a criterios excesivamente personalistas. Pero, una vez fuera de la crisis, ya no es aceptable mantener decisiones normativas que quedan fuera de contexto. No es éticamente aceptable que se aprovechen momentos convulsos para perpetuar cambios que se formularon con carácter temporal; detrás pueden ocultarse intereses de todo tipo, ya sean de carácter político o económico. No podemos permitir que ciertos cambios que inciden sobre la calidad de la prestación, la intimidad y confidencialidad, la igualdad de oportunidades, la situación de los más vulnerables o la dignidad, se perpetúen sin haber pasado por el tamiz de la reflexión serena y participativa del legislador y de los agentes sociales. Y en esto hay que tener mucho cuidado para no dejarse llevar por argumentos bien sonantes, pero que pueden esconder auténticos desatinos en la apreciación de lo que es justo y de lo que debemos entender por derecho individual y por solidaridad. Los argumentos de la solidaridad y la protección de la salud están muy bien ante emergencias, pero se adulteran si se utilizan para otros fines fuera de ellas. Pueden convertirse en justificativos de la restricción de derechos en cualquier tiempo y ante cualquier circunstancia.

Es un llamamiento a la prudencia, a no admitir por inercia soluciones adecuadas para un determinado tiempo y lugar que, al perpetuarse, pueden dejar de serlo. Máxime cuando afectan a valores y a derechos irrenunciables. La pandemia ha puesto de relieve los beneficios que puede aportar la telemedicina a nuestros sistemas sanitarios (no exenta también de ciertos riesgos, por supuesto); pero también ha sacado a la luz la importancia de abordar con rigor cómo ha de utilizarse, la necesidad de regular aquellos aspectos que lo precisen y el compromiso de respetar sin fisuras la ética deontológica del acto de asistencia personalizada, en cuyo seno late todo un contenido profundamente humano.

ROBERTA CATALANO

PANDEMIA E *PANOPTICON*: PROFILI EVOLUTIVI DEL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

1. Il *Panopticon* o *Panottico* (parola di etimologia greca per significare *che fa vedere tutto*) è una ideale struttura carceraria progettata alla fine del diciottesimo secolo dal filosofo e giurista Jeremy Bentham¹. Essa si connota per la particolare disposizione degli ambienti, grazie alla quale tutti i prigionieri si trovano ad essere costantemente controllati da un unico guardiano, che può osservarli senza essere visto². Secondo Bentham i vantaggi offerti dal *Panopticon* derivano dalla speciale condizione in cui versano i detenuti: la consapevolezza della costante esposizione allo sguardo del sorvegliante, unita all'impossibilità di sapere a chi quello sguardo è rivolto, induce i carcerati ad una condotta disciplinata e, con il prolungarsi della detenzione, condiziona la loro mente fino al punto di piegarla ed abituarla al rispetto delle regole (il filosofo descrisse il *Panopticon* come "un nuovo modo per ottenere potere sulla mente, in maniera e quantità mai vista prima"³).

L'idea del *Panopticon* ha profondamente influenzato l'immaginario collettivo, tant'è che nel mondo diverse strutture carcerarie e ospedali psichiatrici sono stati edificati sull'impronta di quel progetto⁴. Innumerevoli

-
- 1 J. Bentham, *Panopticon, or the inspection-house*, Londra, 1791; tr. it. M. Foucault, M. Perrot (a cura di), *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, Venezia, 1983. La denominazione assegnata al carcere ideale evoca il nome del gigante *Argo Panoptes* (in greco *Ἄργος Πανόπτης*, *Argo che tutto vede*) che, secondo il mito, era dotato di innumerevoli occhi e, pertanto, veniva considerato un ottimo guardiano.
 - 2 Il Panottico si compone di una torre centrale, sede del guardiano, circondata da un edificio di forma circolare o semi-circolare in cui sono situate le celle dei detenuti, illuminate dall'esterno e divise da spessi muri. Le celle sono dotate di due finestre ciascuna, una rivolta verso l'esterno per far entrare la luce, e l'altra posta sul versante interno, in direzione della torre centrale, per consentire il controllo del custode.
 - 3 M. Foucault, M. Perrot (a cura di), *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, p. 36.
 - 4 Lo stesso Bentham osservava che il suo progetto ben si adattava ad essere utilizzato "sia che si tratti di punire i criminali incalliti, sorvegliare i pazzi, riformare i viziosi, isolare i sospetti, impiegare gli oziosi, mantenere gli indigenti,

racconti cinematografici⁵ e televisivi⁶ si sono ad esso ispirati, così come molti libri di narrativa, tra i quali *1984* di George Orwell che ipotizza una società nella quale il controllo dell'ordine pubblico è rimesso ad una organizzazione paramilitare, la Psicopolizia, in grado di sorvegliare chiunque attraverso dei teleschermi⁷. Il carcere ideale di Bentham è stato, altresì, oggetto delle riflessioni di studiosi e filosofi tra i quali Michel Foucault che, nel suo saggio *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, rileva che il *Panopticon* riproduce la struttura attualmente assunta dal potere, che non si cala più dall'alto ma pervade la moderna società dall'interno, per il tramite di una complessa serie di meccanismi e relazioni volte a garantire un controllo costante, pervasivo e invisibile⁸.

In effetti, la struttura del *Panopticon* dimostra, in modo plastico e quanto mai efficace, che un regime di controllo accentrato sulla vita delle persone è in grado di manipolarne la condotta, comprimerne la dignità e, se trattasi di controllo diffuso, compromettere l'assetto democratico della società. Ma l'accostamento del *Panopticon* alla pandemia da Covid-19 nasce dalla ulteriore considerazione che il carcere ideale di Bentham implica l'idea

guarire i malati, istruire quelli che vogliono entrare nei vari settori dell'industria, o fornire l'istruzione alle future generazioni" (cfr. M.Foucault. M. Perrot (a cura di), *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, p. 36).

Tra gli edifici ispirati al *Panopticon* di Bentham si possono ricordare, in Italia, il *Padiglione Conolly* dell'ex ospedale psichiatrico di San Niccolò di Siena, originariamente destinato all'isolamento dei malati più gravi; ed il carcere dell'isolotto di Santo Stefano (contiguo all'isola di Ventotene) edificato dai Borbone nel 1795. Anche nel mondo ricordiamo le strutture del *Panopticon* di Ibaguè, in Colombia, inizialmente adibito a carcere; dell'*Ashley Building* a Birmingham; del *Presidio Modelo* a Cuba dove fu detenuto Fidel Castro; dell'ex ospedale psichiatrico Miguel Bombarda a Lisbona, in Portogallo, edificato nel 1896 su progetto dell'architetto Jose Maria Nepomuceno e attualmente sede di un museo psichiatrico.

- 5 Oltre all'omonimo film del 2016 per la regia di Tarsem Singh, si possono ricordare diverse pellicole appartenenti al genere della fantascienza tra le quali *Minority report* del 2002 per la regia di Steven Spielberg, e *Anon* del 2018 per la regia di Andrew Niccol.
- 6 La nota serie Netflix *Black mirror* mette in luce i pericoli ed i paradossi connessi al progresso tecnologico, ai social, ai mezzi di comunicazione di massa e, per questo motivo, dedica molti episodi ai problemi derivanti dal graduale assottigliamento della sfera di riservatezza delle persone a causa di situazioni di controllo informatico accentrato, più o meno invisibile.
- 7 G. Orwell, *Nineteen Eighty-Four*, London, 1949; trad. it. G. Baldini (a cura di), 1984, Milano, 1950.
- 8 M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. A. Tarchetti (a cura di), Torino, 1976, pp. 222 ss.

che l'instaurazione di un controllo accentrato può essere giustificato, nonostante i gravi effetti che ne derivano, al ricorrere di interessi sovraordinati (come, nel caso considerato, quelli di sorvegliare e rieducare i rei). Sicché diviene necessario chiedersi se ed in che misura l'attuale stato di pandemia può giustificare, in nome dell'emergenza sanitaria, l'edificazione – proprio come un carcere – di un sistema di tracciamento e prevenzione del contagio attuato a mezzo del trattamento automatizzato e massivo dei dati personali e sensibili di tutti cittadini⁹.

Il delicato e complesso tema del rapporto tra interessi fondamentali della persona e diritto emergenziale non è compito precipuo dello studioso del diritto civile, ma la peculiare situazione creatasi in conseguenza della pandemia offre al civilista un punto di osservazione privilegiato sulle nuove limitazioni al diritto alla protezione dei dati personali, sulle conseguenze che ne derivano sull'assetto complessivo dei diritti fondamentali e, quindi, sul grado di compatibilità di una tale evoluzione con l'ordito dei valori di vertice delle moderne democrazie occidentali.

2. Sul sito dell'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali, nella parte dedicata al Covid-19, v'è una ampia rassegna delle numerose misure derogatorie apportate, nel giro degli ultimi mesi, alle tutele ordinariamente riconosciute ai dati personali¹⁰. Allo stesso modo, molte ordinanze regionali hanno introdotto prescrizioni più o meno stringenti volte a controllare e tracciare gli utenti di servizi pubblici ovvero di attività commerciali private (come ristoranti o palestre)¹¹.

Qui, evidentemente, non è possibile analizzare questo vasto contesto normativo nella sua interezza, ma ciò non toglie che si possano trarre utili spunti di riflessione, bastevoli all'indagine che ci si è proposti di svolgere, dall'esa-

9 Si sono interrogati sul punto, e sulle problematiche connesse, V. Cuffaro, *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in "Corr. Giur.", 2020, pp. 729 ss.; P. Benanti, J.P. Darnis, A. Sciarone Alibrandi, *Per una resilienza con la tecnologia. Appunti per il post Covid-19*, in *Pandemia e resilienza. Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid-19*, pubblicazione della Consulta Scientifica del Cortile dei Gentili, Roma 2020, pp. 113 ss.; P. Gremigni, *Coronavirus e privacy: le FAQ del Garante sul rapporto di lavoro*, in "Guida al lavoro, Il Sole 24 ore", n. 21/22, 2020, pp. 31 ss.; A. Natalini, *Covid-19 e privacy: contact tracking tra diritti e libertà*, in "Guida al diritto, Il Sole 24 ore", n. 16, 2020, pp. 8 ss.; N. Urbinati, *La democrazia ai tempi del Covid-19 Sopportare i limiti, a quale prezzo?*, in "Civiltà delle macchine", n. 2, 2020, pp. 29 ss., in part. p. 33.

10 Cfr. la pagina web <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus>.

11 Per i testi di queste ordinanze v. le pagine web delle varie autorità regionali ovvero il sito [regioni.it](https://www.regioni.it).

me di alcune regole soltanto, individuate come particolarmente significative. Tra queste senza dubbio si segnala l'art. 6, d.l. n. 28/2020, convertito in legge con modificazioni, dalla l. n. 70/2020, sull'introduzione di un unico sistema informatizzato di prevenzione della diffusione del virus Covid-19.

Detto articolo prevede l'istituzione presso il Ministero della Salute di una piattaforma unica nazionale volta al tracciamento dei contatti tra persone che abbiano scelto di installare sui propri telefoni cellulari un'applicazione denominata *Immuni*. Quest'applicazione, a mezzo del trattamento dei dati relativi alla salute, alla posizione ed agli spostamenti, è in grado di tracciare i contatti degli utenti e segnalare loro il pericolo rappresentato dalla vicinanza prolungata con una persona infetta.

Il trattamento dei dati da parte di *Immuni* avviene su base volontaria ed in forma anonima, ma le peculiarità del mezzo tecnologico e la natura delle informazioni trattate implicano inevitabilmente un elevato rischio di intrusione nella vita privata degli utenti. Di ciò il legislatore è ben consapevole, tanto che all'art. 6, c. 2, d. l. n. 48/2020, impone al Ministero della Salute, nella sua qualità di titolare del trattamento, gli obblighi di effettuare una speciale valutazione periodica dell'impatto di *Immuni* sui dati degli utenti, e di adottare (ed aggiornare costantemente) misure tecniche e organizzative idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato agli elevati pericoli per i diritti e le libertà degli interessati.

Anche il Garante della *privacy*, pur autorizzando l'avvio della sperimentazione, ha segnalato diverse importanti criticità dell'applicazione¹². Tra queste, anzitutto, la necessità di chiarire meglio il ruolo di alcuni soggetti coinvolti nel trattamento dati e, segnatamente, di *Bending Spoons spa* che ha realizzato *Immuni*, e di *Apple* e *Google* le quali forniscono la piattaforma tecnologica su cui transitano i dati dell'applicazione. Il Garante ha riscontrato, altresì, rilevanti profili di vulnerabilità costituiti dal fatto che: a) il sistema *bluetooth*, indispensabile al funzionamento di *Immuni*, è esposto all'azione di *malware* idonei a captare in modo fraudolento i dati personali e sensibili; b) tali dati potrebbero essere facilmente intercettati anche a mezzo di peculiari apparati di scansione (cd. *sniffer*); c) i mezzi utilizzati per garantire l'anonimato dei positivi al Covid-19 potrebbero essere aggirati da diversi sistemi di re-identificazione operanti allorché sia possibile associare informazioni personali aggiuntive al *device* connesso al *bluetooth* (come accade, ad esempio, allorché l'utente si trova in prossimità del

12 Garante privacy, "Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali presentata dal Ministero della Salute relativa ai trattamenti effettuati nell'ambito del sistema di allerta Covid-19 denominato *Immuni*, Nota sugli aspetti tecnologici", 3 giugno 2020, in *garanteprivacy.it*.

proprio domicilio ovvero quando, in un negozio, paga con la propria carta di credito). Secondo il Garante, poi, un ulteriore *vulnus* è rappresentato dal fatto che il sistema potrebbe, per svariati motivi, veicolare dati erronei (es., di un soggetto ritenuto, per sbaglio, positivo al virus), così creando infondate situazioni di allarme.

Infine, il Comitato europeo per la protezione dei dati personali, sin da prima dell'emanazione del d. l. n. 48/2020, si è reso autore delle Linee Guida n. 04/2020 del 21 aprile 2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute ai fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al Covid-19, nelle quali, a fronte delle varie analoghe disposizioni in corso di elaborazione in tutti i Paesi membri per consentire l'uso di applicazioni preordinate al tracciamento per motivi sanitari, ha mosso il rilievo che il controllo continuo e sistematico della posizione e dei contatti delle persone costituisce una grave interferenza nella loro vita privata, sicché può giustificarsi solo in base all'adesione volontaria e consapevole degli utenti ovvero a comprovati motivi di interesse pubblico¹³.

Ebbene, non par dubbio che la disciplina dettata dall'art. 6, d. l. n. 48/2020, così come quelle non dissimili varate dagli altri Paesi europei, siano conformi ai principi ed alle cautele fissate nelle Linee Guida europee, dal momento che si ispirano all'esigenza di tutelare la salute pubblica in una situazione di emergenza sanitaria e rimettono alla libera scelta dei cittadini l'uso delle applicazioni di tracciamento. Inoltre, le limitazioni alla riservatezza in esse contenute sono coerenti con la riserva di legge disposta all'art. 23 del GDPR (reg. n. 16/679/UE)¹⁴, alla cui stregua è consentito allo Stato membro, in presenza di obiettive esigenze di tutela della sanità pubblica, di limitare mediante specifiche misure legislative “la portata degli obblighi e dei diritti di cui agli articoli da 12 a 22 [...] nonché all'art. 5 nella misura in cui le disposizioni ivi contenute corrispondano ai diritti ed agli obblighi di cui agli articoli da 12 a 22, qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica”¹⁵.

13 Il testo delle Linee Guida è reperibile su “Guida al diritto, Il Sole 24” ore, n. 21, p. 53, ma anche sul sito garanteprivacy.it.

14 Più ampiamente sul punto vedasi A. Natalini, *Sistema di allerta digitale Covid-19: passa la riserva di legge per l'app*, in “Guida al diritto, Il Sole 24 ore”, n. 22, 2020, pp. 61 ss.

15 Inoltre, va ricordato che il *Considerando* 52 del GDPR prevede “la deroga al divieto di trattare categorie particolari di dati personali dovrebbe essere consentita anche quando è prevista dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, fatte salve adeguate garanzie, per proteggere i dati personali e altri diritti fondamentali, laddove ciò avvenga nell'interesse pubblico [] e per finalità di sicurezza sanitaria, controllo e

Sono coerenti, altresì, con le riserve di legge in materia di riservatezza dei dati personali, anche sanitari, desumibili in Italia dagli artt. 2, 15, 32, e 117, c. 2, lett. l), m), q), r), Cost., e in Europa dall'art. 8 CEDU e dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza.

Infine, il trattamento in forma anonima dei dati e il fatto che l'applicazione può essere facilmente disinstallata dai *devices* sui quali è scaricata, induce a prevedere (e sperare) che al termine dell'emergenza sanitaria le piattaforme di tracciamento cadano in disuso eliminando i rischi connessi al loro impiego.

Ciononostante, rimane il fatto che la pandemia sta costituendo un'occasione irripetibile per attuare, come mai prima, un trattamento massivo e combinato di dati sensibili – come quelli relativi alla salute, agli spostamenti ed ai contatti – ad opera di soggetti pubblici e privati (nel caso di *Immuni*, da parte del Ministero della Salute, *Google* ed *Apple*). Infatti – e senza considerare le eventualità, pure segnalate dal Garante per la *privacy*, di recepimento fraudolento dei dati –, questi soggetti si trovano nella condizione di raccogliere – seppur in forma anonima – moltissime informazioni che, combinate con quelle quotidianamente desumibili dall'uso generalizzato di telefoni, computer e *tablet*, favoriscono l'aggiramento della garanzia dell'anonimato e pertanto ampie e generalizzate operazioni di profilazione¹⁶.

allerta, la prevenzione o il controllo di malattie trasmissibili e altre minacce gravi alla salute. Tale deroga può avere luogo per finalità inerenti alla salute, compresa la sanità pubblica e la gestione dei servizi di assistenza sanitaria". Inoltre, l'art. 9, par. 2, lett. i), consente il trattamento quando "necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale".

- 16 Nel 2019 il *New York Times* ha svolto un'indagine volta a verificare quali e quante informazioni possono essere tratte dai dati, raccolti anche in forma anonima, relativi agli spostamenti e alla geolocalizzazione dei cittadini americani. I risultati, esposti in un *reportage* intitolato *How your phone betrays democracy*, hanno evidenziato l'esistenza di un reale pericolo per la democrazia derivante dall'uso di tecniche sempre più invasive della sfera privata delle persone. È emerso, infatti, che persino la semplice rilevazione effettuata a mezzo dei dispositivi di geolocalizzazione dei dispositivi mobili consente, a mezzo di tecniche automatizzate di analisi su larga scala della *routine*, di identificare le singole utenze e, quindi, le persone intestatarie. Analogamente, D. Cautela, *La privacy tra controllo della pandemia e mantenimento dell'equilibrio democratico*, in "privacy.it", 6 aprile 2020, p. 4, ricorda che "uno studio dell'*Imperial College* di Londra, pubblicato su *Nature Communications*, ha dimostrato come l'uso di algoritmi *machine learning*, di

Da questo angolo visuale, emergono chiare le similitudini tra la struttura reale del *Panopticon* e quella virtuale delle piattaforme informatiche di raccolta e gestione dei dati. Con la differenza, molto inquietante, che in queste ultime il *cyber*-controllo si trova, per lo più, in capo a grandi multinazionali private operanti per scopi di lucro (come appunto *Apple* e *Google*).

Dato il pericolo che il *cyber*-controllo invisibile, accentrato e diffuso comporta per la democrazia e la dignità della persona, occorre predisporre adeguate garanzie a presidio del diritto alla protezione dei dati personali¹⁷. Tuttavia, la tendenza in atto è di segno opposto. Infatti, le recenti norme in materia di tracciamento in funzione di contrasto alla pandemia da Covid-19 costituiscono solo l'ultima tessera di un mosaico normativo alla cui stregua il diritto alla protezione dei dati personali sembra essere considerato – più che un presidio essenziale per la libertà e la dignità della persona – un ostacolo allo sviluppo economico e tecnologico ovvero alla tutela della salute¹⁸.

retro-ingegnerizzazione e il ricorso ai cd. *generative models* rendano possibile ricondurre dati considerati anonimi ai rispettivi interessati, con il potenziale effetto – tipico delle tecniche applicate ai trattamenti operati sui *big data* – di produrre *output* di profilazione comportamentale, i cui risultati si prestano ai più svariati utilizzi, leciti o illeciti, palesi od occulti”. Ma già in precedenza G. Faggioli, *Big-data e privacy: la protezione dei dati personali è possibile?*, in “Osservatori. net Digital innovation”, 1 febbraio 2018, osservava che “attraverso la fusione di diverse banche dati [...] si può riuscire a ‘re-identificare’ un interessato attraverso informazioni apparentemente anonime. In molti casi, dunque, l’anonimizzazione di singoli identificatori univoci non è sufficiente per escludere le re-identificazioni (un dato considerato ‘anonimo’ può essere successivamente attribuito a una determinata persona). Inoltre, gli algoritmi che vengono applicati nell’analisi dei *Big-data* permettono di analizzare in modo autonomo e automatizzato banche dati di grandi dimensioni, anche nelle loro connessioni reciproche. Queste procedure di analisi generano nuove informazioni e spesso nuovi dati personali”. Sul punto v. anche l’attenta analisi di A.C. Nazzaro, *L'utilizzo dei Big-data e i problemi di tutela della persona*, in “Rass. dir. civ.”, 2018, pp. 1239 ss.

17 Papa Francesco nella sua Enciclica *Fratelli tutti* del 3 ottobre 2020, Capitolo primo, paragrafo *L'illusione della comunicazione*, rileva che “paradossalmente, mentre crescono atteggiamenti chiusi e intolleranti che ci isolano rispetto agli altri, si riducono o spariscono le distanze fino al punto che viene meno il diritto all'intimità. Tutto diventa una specie di spettacolo che può essere spiato, vigilato, e la vita viene esposta a un controllo costante. Nella comunicazione digitale si vuole mostrare tutto ed ogni individuo diventa oggetto di sguardi che frugano, denudano e divulgano, spesso in maniera anonima. Il rispetto verso l'altro si sgretola e in tal modo, nello stesso tempo in cui lo sposto, lo ignoro e lo tengo a distanza, senza alcun pudore posso invadere la sua vita fino all'estremo”.

18 Anche il Garante si duole di questa percezione di cui sembra ormai essere oggetto il diritto alla protezione dei dati personali: P. Stanzione, *La privacy non*

3. A conferma di ciò, si osservi il percorso evolutivo seguito dalla disciplina in materia di diritto alla protezione dei dati personali.

Elaborato dai giuristi anglosassoni come diritto alla *privacy*, esso è stato inizialmente modellato sullo schema dominicale e, quindi, strutturato come diritto *ad excludendum omnes alios* dagli spazi intimi e privati della vita personale e familiare¹⁹. A partire dalla fine degli anni '80 del XX secolo, con l'avvento e la diffusione delle nuove tecnologie informatiche e telematiche, quel diritto è stato sottoposto ad un processo di graduale revisione. Ciò in quanto le logiche di appartenenza alle quali era ispirato mal si conciliavano con il progresso tecnologico (ed economico), poiché impedivano l'uso di molte delle informazioni (dati personali) necessarie al più efficace funzionamento delle comunicazioni, specie di quelle elettroniche. Il diritto alla *privacy* è stato, quindi, gradualmente spogliato della sua struttura dominicale e le tutele riconosciutegli sono state finalizzate, più che ad escludere *omnes alios* dal trattamento delle informazioni, a temperare i contrapposti interessi per fare in modo che, nel rispetto di determinate modalità e limiti normativamente determinati, i dati personali e/o sensibili (non solo quelli relativi alla vita privata) potessero essere conosciuti ed utilizzati da terzi²⁰.

L'originario diritto alla *privacy* ha, così, ceduto il passo al diritto alla protezione dei dati personali il cui nucleo di tutela è stato incentrato sul consenso informato e consapevole del titolare in ordine al trattamento dei suoi dati da parte di terzi.

La logica del consenso impone, però, soprattutto quando il trattamento avviene con l'ausilio di strumenti informatici e telematici, che il titolare disponga delle risorse e delle conoscenze necessarie all'impiego di que-

è un ostacolo alla gestione della pandemia, Intervento apparso sul quotidiano "Domani" del 26 ottobre 2020 e pubblicato altresì sul sito *garanteprivacy.it*.

19 In questo modo risulta recepito in Italia dalla dottrina, tra gli anni '50 e '60 del XX secolo, e, poco dopo, dalla giurisprudenza di legittimità. Al riguardo cfr. l'analisi, in prospettiva storica, del dibattito dottrinale e giurisprudenziale di quegli anni svolta da M. Prosperi, *Il dibattito italiano sull'esistenza e sul fondamento del diritto alla riservatezza prima del suo espresso riconoscimento*, in "privacy.it", n. V, 2002, poi, le pagine dei primi studiosi che si occuparono del diritto alla riservatezza come A. De Cupis, *Il diritto alla riservatezza esiste*, in "Foro it.", parte I, 1954, pp. 116 ss.; G. Giampiccolo, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", parte I, 1958, I, p. 465; G. Pugliese, *Il diritto alla "riservatezza" nel quadro dei diritti della personalità*, in "Riv. dir. civ.", parte I, 1963, pp. 615 ss.

20 Su questo percorso evolutivo cfr., per tutti, A. Di Majo, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in "Appendice a La tutela dei diritti", Milano, vol. 3, 2001, pp. 393 ss.

gli strumenti²¹. Il che non sempre si verifica, o perché il titolare non può avvalersi di mezzi informatici e telematici (ad esempio, non ha le possibilità economiche necessarie a procurarseli o vive in un'area geografica non dotata di infrastrutture adeguate a garantire l'accesso alla rete *internet*), o perché non ha le conoscenze e le competenze per utilizzarli (come può avvenire per le persone anziane o non sufficientemente scolarizzate), o semplicemente perché ha tali impegni o difficoltà da non poter verificare tutti i trattamenti che lo riguardano (si pensi al frettoloso consenso dato, nel corso della navigazione in *internet*, alle segnalazioni sull'uso di *cookies* da parte dei siti visitati)²².

Ne è derivato, pertanto, un progressivo indebolimento del diritto alla protezione dei dati personali che si è accentuato quando, a fronte della globalizzazione della *net economy* e dell'accentramento del trattamento dei dati in capo a poche multinazionali situate in paesi lontani, ci si è avveduti dell'insufficienza delle tutele meramente locali.

Anche al fine di contrastare queste difficoltà, l'Unione europea nel 2016 ha emanato un Regolamento unico in materia di trattamento dei dati personali (reg. n. 16/679/UE meglio noto come GDPR) che, tuttavia, non ha impresso un mutamento di rotta alla deriva intrapresa²³. Anzi, se possibile, l'ha accentuata dal momento che, in più punti, chiarisce espressamente di

21 Una delle prime voci a segnalare i problemi che l'impiego degli strumenti informatici e telematici possono generare in relazione alla riservatezza delle persone è stato S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, pp. 120 ss. In qualità di Garante della *privacy* si è, poi, molto impegnato su questo fronte e, in particolare, ha curato l'elaborazione della *Carta dei diritti in Internet* approvata nel novembre del 2015 dalla Camera dei Deputati.

22 I *cookies* sono stringhe di testo collocate all'apertura di una pagina *web* per memorizzare i dati di navigazione dell'utente e, talvolta, tracciare il suo comportamento in rete (*tracking cookies*) al fine di consentire la personalizzazione della pubblicità sul *browser*. Secondo le vigenti norme di origine comunitaria, gli utenti della rete *internet* devono essere informati in modo semplice e comprensibile dell'uso di *cookies* da parte dei siti *web* che visitano, e devono prestare il loro consenso. I *cookies* possono essere utilizzati senza il previo consenso degli utenti solo qualora siano necessari per motivi tecnici come, ad esempio, per memorizzare le preferenze linguistiche ovvero i dati di *login* e del carrello acquisti. È noto però che, nella pratica, la tutela così offerta è del tutto inadeguata dal momento che il consenso, per motivi di tempo o per inconsapevolezza, viene spesso dato in modo frettoloso e senza consultare le specifiche tecniche dei *cookies*.

23 Per l'esame del testo normativo del GDPR vedasi, tra gli altri, F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in "Nuove leggi civ. comm.", 2017, pp. 369 ss.; G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia, Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna 2019.

non voler impedire o limitare la circolazione dei dati personali, ma piuttosto di volerla agevolare purché con modalità sicure e controllate²⁴. Inoltre, il GDPR non tiene adeguatamente conto dei rilevanti problemi connessi alla sempre maggiore diffusione della tecnologia informatica denominata *blockchain* che, connotandosi per la sua idoneità a garantire l'immodificabilità dei dati archiviati in registri diffusi, mal si concilia sia con la logica del controllo sul trattamento sia con le norme a tutela del diritto all'oblio²⁵.

In questo già problematico contesto sono intervenute, infine, le nuove regole volte a fronteggiare l'emergenza pandemica, che di nuovo danno prova dell'ormai spiccata propensione del legislatore a comprimere il diritto alla protezione dei dati personali ogniqualvolta vengano in gioco altri interessi generali, siano essi di carattere sanitario, economico, tecnologico.

24 Ad esempio, nel *Considerando* 4 del GDPR si legge che “il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità”. Il *Considerando* 6 aggiunge che “la tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso Paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali”. Pertanto, il regolamento si pone gli obiettivi di creare un *clima di fiducia* in ordine ai trattamenti di dati personali e fare in modo che “le persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che li riguardano” (*Considerando* 7). Al riguardo, P. Perlingieri, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in “Foro nap.”, 2018, pp. 481 ss., osserva che il GDPR sancisce il passaggio da una concezione fondata esclusivamente sul consenso informato ad una concezione caratterizzata anche dal controllo sul trattamento, ma comunque rileva l'inidoneità del consenso a garantire adeguata tutela ad interessi di natura personale.

25 La tecnologia *blockchain* si struttura in un *software* che genera un *database*, decentralizzato e condiviso dagli utenti in rete, funzionalmente volto alla gestione e memorizzazione di dati che vengono resi immutabili. I dati immessi nel sistema vengono automaticamente crittografati, dotati di marcatura temporale e memorizzati in un *database* condiviso (c.d. registro diffuso), composto da blocchi tra loro collegati e distribuiti tra gli utenti. Pertanto, ogni transazione avviata tra due o più *client* autorizzati all'accesso è subito nota all'intera *community* perché i blocchi condividono l'archivio, chiedendo ai partecipanti di mettere a disposizione le loro risorse di memoria e di calcolo per effettuare il controllo, la validazione e la marcatura temporale delle nuove informazioni immesse nel sistema (c.d. controllo e consenso diffuso). Ne deriva che l'autenticità e l'immutabilità dei dati è garantita dalla combinazione di tecniche di firma digitale e marcatura temporale che assicurano l'identificazione dei *client* e la datazione irreversibile del documento annotato nel registro di tutti i nodi della rete, nonché l'archiviazione definitiva e irrevocabile dei dati validati da tutti i nodi della rete.

4. A fronte di ciò verrebbe da chiedersi, in funzione anche un po' provocatoria, se il diritto alla protezione dei dati personali possa ancora essere qualificato come diritto soggettivo. Però non par dubbio che la risposta a tale interrogativo debba essere affermativa, sia perché la tutela dei dati personali è un presidio essenziale per lo svolgimento della personalità degli individui *ex art. 2 Cost.* (la metafora del *Panopticon* sta a dimostrarlo); sia perché è ampiamente condivisa l'affermazione che, nei rapporti interprivati, gli interessi personali dotati di rilievo costituzionale non si attuano in modo assoluto, ma si bilanciano tra loro poiché, trovandosi in una situazione di attuazione costante e contemporanea per tutti i consociati, entrano giocoforza in conflitto tra di loro e, quindi, incorrono in un'azione di continuo temperamento²⁶. È, appunto, in tale prospettiva che si spiegano le limitazioni apposte al diritto alla protezione dei dati personali nel caso della pandemia, giacché fondate sull'esigenza di tutelare la salute; così come quelle previste in relazione al *cyberspazio*, giustificate dall'intento di garantire a tutti nuove possibilità di esercizio di libertà personali e nuove occasioni di partecipazione democratica.

Queste limitazioni, però, nel loro insieme, stanno determinando, di fatto, la graduale concentrazione di un'enorme massa di dati in capo a entità statali o extrastatali, talvolta operanti con scopo di lucro, con il conseguente pericolo che tutti i valori di vertice dei moderni ordinamenti occidentali vengano ad essere svuotati per il tramite del graduale assottigliamento del contenuto del diritto alla protezione dei dati personali. La metafora del *Panopticon* ammonisce proprio su tale pericolo: all'instaurazione di un controllo invisibile e generalizzato consegue, oltre alla compressione del diritto alla protezione dei dati personali, l'erosione degli altri diritti e libertà fondamentali che, non essendo più schermate dalla sorveglianza del potere centrale, risultano esposte alle sue pressioni e condizionamenti.

Esemplare, al riguardo, è il caso del trattamento di dati personali e biometrici per fini di promozione commerciale attualmente consentito, seppur con cautele, dal GDPR. Anche in questa ipotesi le limitazioni apposte al

26 In tal senso, seppur con diversità di sfumature, nel quadro della dottrina civilistica vedi, *ex multis*, D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in "Enc. dir.", XXXIII, Milano, 1983, pp. 359 e 377; ma anche L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pp. 6 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, V. I, Napoli 2020, pp. 1 ss.; tra i giuspubblicisti, v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 170 ss., ma anche R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 60 ss.; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in "Giur. cost.", n. I, 1998, pp. 3956 ss.

diritto alla riservatezza trovano il loro fondamento nell'esigenza di contemperarlo con un altro valore di rilievo costituzionale, qual è l'iniziativa economica privata. Tali limitazioni, però, mostrano una notevole capacità espansiva a carico delle altre libertà personali del titolare perché l'imprenditore, facendo leva sulle informazioni raccolte, può mettere in atto una complessa serie di efficaci strategie (ad esempio, di *neuromarketing*) idonee a condizionarne le scelte, le opinioni ed i comportamenti²⁷.

In definitiva, il diritto alla protezione dei dati si ascrive alla categoria dei diritti della personalità ma, al tempo stesso, funge da baluardo per tali diritti dal momento che ogni limitazione ad esso apportata immancabilmente si riflette sull'intera categoria. Per questo motivo, e diversamente da quanto fatto finora, l'introduzione di nuove limitazioni al diritto in esame andrebbe ponderata con attenzione²⁸, in una prospettiva ampia, cioè in modo da tener conto anche delle conseguenze pregiudizievoli per gli altri diritti fondamentali e, quindi, evitando di considerare il diritto alla protezione dei dati come una monade isolata, avulsa dagli altri valori essenziali della persona.

Se valutato da siffatta prospettiva, il diritto alla protezione dei dati personali non appare più come un orpello, o un inutile ostacolo alla piena realizzazione di questo o di quell'altro interesse, ma piuttosto come un argine essenziale a preservare la dignità della persona e l'ordine democratico. Pertanto, le garanzie offerte dalla logica del consenso e del controllo del trattamento da parte dei titolari dei dati o dei Garanti nazionali potrebbero apparire non sempre bastevoli a garantire un grado di tutela sufficiente ed effettiva²⁹.

Qui non è possibile definire adeguatamente il ruolo che l'evoluzione tecnologica può giocare (non solo per favorire il trattamento massivo dei

27 Sia consentito rinviare a R. Catalano, *Neuromarketing e tutela civile dei dati personali biometrici*, in "Comp. e dir. civ.", aprile 2019; ma v. anche A. Santosuosso, *Neuroscienze e diritto*, Pavia 2009, pp. 11 ss.; M. De Caro, A. Lavazza, G. Sartori, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Milano 2010, pp. 5 ss.

28 In questa direzione sembra orientarsi anche la Corte di Cassazione che di recente, con l'ordinanza del 21 ottobre 2019, n. 26778, in "Nuove leggi civ. comm.", in G. Alpa (a cura di) *Numero speciale Casebook I diritti della persona*, 2020, pp. 107 ss., con nota di R. Mattera, ha rilevato che l'applicazione della vigente disciplina in materia di protezione dei dati personali va in ogni caso improntata al principio della minimizzazione, alla cui stregua ogni trattamento può avere ad oggetto solo "i dati indispensabili, pertinenti e limitati a quanto necessario per il perseguimento delle finalità per cui sono raccolti e trattati".

29 P. Perlingieri, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, cit., pp. 481 ss.

dati, ma anche) in funzione di controllo e limitazione del trattamento stesso. Così come non è possibile analizzare i casi in cui, superata la logica del consenso individuale, sia possibile recuperare aree di divieto assoluto di trattamento ovvero stabilire forme di tutela collettiva a presidio di coloro che non siano in condizione di proteggere adeguatamente la propria riservatezza. È, però, almeno necessario rilevare che l'attuale situazione di pandemia e le misure adottate per contrastarla, qualora non assistite da adeguate misure di sicurezza e se non rimosse al cessare dell'emergenza sanitaria, possono contribuire ad accelerare notevolmente il processo di indebolimento di cui è oggetto da qualche anno il diritto alla protezione dei dati personali e, conseguentemente, a consolidare una situazione di progressiva erosione degli altri diritti fondamentali.

Il *Panopticon* virtuale che sta sorgendo dall'emergenza sanitaria reca, però, alcuni semi di speranza. Bisogna constatare infatti che, proprio grazie alla pandemia ed alla conseguente necessità di creare piattaforme comuni di tracciamento delle persone infette, si sono stabilite, come mai prima, delle proficue sinergie tra molti Stati. Tali sinergie, una volta estinta l'emergenza pandemica, possono ben costituire il fondamento di una collaborazione internazionale rivolta all'elaborazione di un nuovo sistema globalizzato di tutele per il diritto alla protezione dei dati personali inteso come presupposto essenziale della dignità delle persone. Il che, a fronte della dimensione ormai globalizzata dei soggetti che raccolgono e trattano enormi quantità di dati grazie al monitoraggio delle reti di comunicazione, sembra costituire l'unica strada per riconoscere al diritto alla riservatezza forme di tutela individuale e collettiva realmente idonee a contrastare il consolidarsi di concentrazioni di potere in capo ad enti privi di legittimazione democratica.

FRANCA MEOLA

SULL'INFODEMIA “CORONAVIRALE”

“Non stiamo combattendo un’epidemia.
Stiamo combattendo un’infodemia”

(*Tedros Adhanom Ghebreyesus* – Direttore
dell’Organizzazione mondiale della sanità)

1. Il *tremendissimo* virus¹ che, nel corso di quest’anno, in pochi mesi, ha profondamente scosso il nostro Paese, e con esso non soltanto tutta l’Europa ma anche gran parte delle realtà statali degli altri continenti, tutti interessati da un’emergenza sanitaria di portata sconcertante, ha indiscutibilmente lanciato a ciascuno di noi una sfida complessa e dai risvolti assolutamente drammatici, quale quella legata alla difficoltà di arginare il contagio e bloccare la diffusione della malattia.

Tuttavia, quella del Covid-19 non è semplicemente la storia di una *pandemia*, il cui contrasto ha richiesto, fin da subito, uno sforzo comune enorme, in quanto finalizzato alla salvaguardia della vita e della salute delle persone.

Essa è anche la storia di un *contagio informativo*, che, alimentato dalla spasmodica e incontrollata circolazione di notizie, fatti e dati connessi al fenomeno pandemico, ha inciso sulla conoscenza ma soprattutto sulla comprensione sociale del *contagio virale*, sollecitando una riflessione che, proiettata al futuro, consenta di capire come sviluppare gli *anticorpi* necessari a consentire di orientarsi in un *Matrix informativo e performativo*, quale quello odierno, “in cui le notizie non puntano alla *verità* ma alla *viralità*”².

Quella che stiamo combattendo, insomma, non è solo una *pandemia*. Ma un’*infodemia*.

1 A proposito del fenomeno pandemico di cui si discute, il Minitesto della salute, sul proprio sito istituzionale (www.salute.gov.it), ha precisato che “la sindrome respiratoria acuta grave Coronavirus-2 (SARS-CoV-2) è il nome dato al nuovo coronavirus del 2019. Covid-19 è il nome dato alla malattia associata al virus. SARS-CoV-2 è un nuovo ceppo di coronavirus che non è stato precedentemente identificato nell’uomo”.

2 Così, A. D’Avenia, *Infodemia*, in “Il Corriere della Sera”, 04 maggio 2020.

L'espressione³, oggi annoverata dall'Enciclopedia Treccani tra i neologismi di quest'anno con il significato di "circolazione di una quantità eccessiva di informazioni, talvolta non vagliate con accuratezza, che rendono difficile orientarsi su un determinato argomento per la difficoltà di individuare fonti affidabili" è, in realtà, di più risalente datazione.

Essa, infatti, viene utilizzata per la prima volta da David J. Rothkopf in un articolo apparso sul *Washington Post* l'11 maggio 2003 allo scopo di indicare l'epidemia di informazioni, spesso di dubbia natura, che seguì l'emergenza SARS di quell'anno⁴.

Più recentemente, invece, il neologismo torna nei documenti ufficiali dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, in cui viene utilizzato per indicare "quell'abbondanza di informazioni, alcune accurate e altre no, che rendono difficile per le persone trovare fonti affidabili quando ne hanno bisogno"⁵.

Ed è proprio la massima organizzazione mondiale preposta alla tutela della salute, nella persona del Direttore, dott. Tedros Adhanom Ghebreyesus, che, già sulle prime, in maniera assolutamente efficace, riesce a cogliere il nesso fortissimo che lega il contagio infodemico a quello virale. Nella dichiarazione con la quale, l'11 marzo scorso, ammette davanti al mondo già impaurito e provato dal virus la portata globale dell'infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2, il dott. Ghebreyesus avverte che: "pandemia non è una parola da usare con leggerezza o disattenzione. È una parola che, se usata in modo improprio, può causare paura irragionevole o sofferenze e morti inutili"⁶.

Ebbene, come osserveranno poi i primi analisti critici delle questioni aperte dall'infodemia, proprio tale frase: "contiene *in nuce* tutti quegli

3 L'espressione italianizza il termine inglese *infodemic*, composto di *information* ed *epidemic*.

4 "Cosa intendo esattamente per 'infodemia'? Alcuni fatti, mescolati alla paura, alla speculazione e alle voci, amplificati e trasmessi rapidamente in tutto il mondo dalle moderne tecnologie dell'informazione, hanno influenzato le economie nazionali e internazionali, la politica e persino la sicurezza in modi assolutamente sproporzionati rispetto alle realtà radicali"; così, D.J. Rothkopf, *When The Buzz Bites Back*, in "Washington Post", 11 maggio 2003.

5 L'espressione è stata utilizzata per la prima volta dall'O.M.S. in un documento dello scorso 2 febbraio, *Situation Report* numero 13 sul *Novel Coronavirus 2019-nCoV*, contenente un *Technical Focus* sui rischi comunicativi e il coinvolgimento delle comunità. È in esso che viene rilanciato quel concetto di *infodemic*, che sarebbe comparso in poche ore sulle pagine di diverse testate giornalistiche online, tra cui: www.ilsole24ore.com/art/corona-virus-l-oms-ora-e-allarme-infodemia-ACcWnTGB.

6 WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11 March 2020, in <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mediabriefing-on-Covid-19---11-march-2020>.

elementi che – riferiti alle dinamiche comunicative – hanno rappresentato in questi mesi il tappeto connettivo dell'informazione e della conoscenza intorno al virus". Il riferimento è a: "parola, improprio, paura, inutili"⁷.

Sono questi infatti i termini che segnano i limiti dell'informazione offerta riguardo al fenomeno pandemico sin dai primi momenti dello scoppio del contagio virale, condizionandone la conoscenza.

Ed il dato è facilmente riscontrabile.

Travolti, e quasi storditi, dall'eccezionale mole di messaggi, notizie e comunicati trasmessi dai media tradizionali, ovvero affannosamente ricercati in rete oppure attraverso i *social network*, allo scopo di ottenere risposte ai molti interrogativi, ma anche ai tanti timori suscitati dalla diffusione del contagio virale, i cittadini, già fortemente provati da una situazione di portata emergenziale mai vissuta in passato, "hanno più volte sperimentato linguaggi impropri, capaci di generare paura, confusione e conflitto"⁸.

E così, accentuando il clima di assoluta incertezza e instabilità già alimentato dalla pandemia, ad oggi, purtroppo, ancora in corso, la pioggia di verità e falsità, dicerie e conferme, ipotesi, assiomi e teoremi, che ha travolto tutti, ha finito non soltanto per rendere assolutamente più complessa la gestione della crisi sanitaria causata dal coronavirus, ma soprattutto per favorire la trasformazione del Covid "da una confusa crisi di salute regionale cinese in una *debacle* economica e sociale globale"⁹.

2. A spiegare meglio il fenomeno infodemico e l'incidenza da esso esercitata sulla possibilità di un efficace contrasto del contagio virale risulta anzitutto utile l'individuazione delle modalità attraverso cui esso si alimenta. D'altro canto, l'analisi di tale profilo pare ugualmente significativa nella prospettiva di una demarcazione, pur essa pregna di non poche conseguenze, tra il fenomeno in esame ed ulteriori e diverse degenerazioni del circuito informativo. Indiscutibilmente, ad alimentare il *contagio informativo* è stata quell'imponente mole di *fake news*¹⁰ che, divulgate per lo più a fini

7 Così, L. Alfonso, G. Comin, *#Zona Rossa. Il Covid tra infodemia e comunicazione*, Bologna 2020, p. 23.

8 *Ibidem*.

9 Si tratta di un'osservazione che D.J. Rothkopf, *When The Buzz Bites Back*, cit., già riferiva alla diffusione del contagio da SARS esploso nel 2003.

10 Sulla portata, ma soprattutto sull'esatta perimetrazione del concetto davvero interessanti sono le considerazioni svolte da R.F. Zumbini, *Cosa significa fake-news? (Un concetto non chiaro e il rischio di far peggio)*, in "Federalismi.it", n. 1, 13 marzo 2020.

di profitto¹¹, dagli inizi dell'emergenza, specie attraverso i *social network* e le altre piattaforme *on-line*, ha raggiunto un numero sempre maggiore di *naviganti del web*, generando in loro false credenze¹², errati convincimenti¹³,

-
- 11 In realtà, come ricordano L. Alfonso, G. Comin, *#Zona Rossa. Il Covid tra infodemia e comunicazione*, cit., pp. 141-142: “Da sempre la politica, le organizzazioni pubbliche, i gruppi di interesse e i media fanno leva sul modo in cui le informazioni vengono diffuse ai cittadini, per orientare l’opinione pubblica e ottenere consenso rispetto ad uno specifico interesse o ideologia [...]”. In particolare, quanto alle finalità, i citati autori precisano che: “la manipolazione delle informazioni nasce con la finalità generale di destabilizzare l’opinione pubblica rispetto a un determinato tema, per perseguire degli interessi di tipo economico, sociale, politico o ideologico [...]”. Ciò posto, è tuttavia indubbio che, nel corso della situazione emergenziale ancora in corso, la diffusione di *fake news* ha rappresentato soprattutto una fonte di guadagno. Di fatto, gli autori di notizie false sfruttano i *social media* per stimolare la condivisione e l’interazione con i propri contenuti, spesso gestendo profili terzi tramite algoritmi che amplificano la portata del messaggio. Quindi, ottenuta visibilità, le pagine *web* fanno leva sull’alto numero di visite per chiedere prezzi più alti agli inserzionisti, che vengono selezionati tramite sistemi di aste automatizzate. A ciò si aggiunga l’ulteriore guadagno dato dalla vendita di prodotti pubblicizzati come in grado di debellare il virus. Su tali ultimi profili, E. Mancini, N. Scocchi, *E con il coronavirus anche un’epidemia di fake news*, in “www.lavoce.it”, 4 maggio 2020.
- 12 Soprattutto agli inizi della diffusione del Covid-19, specie attraverso i *social network* e le piattaforme *online*, sono state diffuse presunte profezie, fatte anni fa da alcuni sedicenti sensitivi, in merito alla diffusione di un’epidemia simile al coronavirus. Tra le altre si è fatta menzione di Sylvia Browne (all’anagrafe Sylvia Celeste Shoemaker), sensitiva americana proveniente da una famiglia di *medium*, la quale, nel libro scritto nel 2012 insieme a Lindsay Hairrison, dal titolo *Profezie* (in inglese, *End of Days*), e dal sottotitolo *Che cosa ci riserva il futuro*, sosteneva che nel 2020 avremmo girato con mascherine chirurgiche e guanti di lattice per via di un’epidemia, provocata da un attacco dei canali bronchiali e refrattaria a ogni tipo di cura. La sensitiva, peraltro, aggiungeva che l’epidemia, “dopo aver provocato un inverno di panico assoluto, quasi in maniera più sconcertante della malattia stessa, improvvisamente svanirà con la stessa velocità con cui è arrivata, tornerà all’attacco nuovamente dopo dieci anni, e poi scomparirà completamente”. Molto discussa, sempre sui *social*, è stata pure la *profezia* dello scrittore Dean Koontz, che, in un suo libro del 2008, *The eyes of darkness*, parlava di un virus, il *Wuhan-400*, che, nel 2020, avrebbe generato un’epidemia di polmonite. Dal canto suo, il numerologo e scrittore Renucio Boscolo, tra i più esperti studiosi di Nostradamus, non ha avuto dubbi nel sostenere che “in alcuni suoi versi si fa esplicito riferimento a quanto sta avvenendo”. In particolare, egli afferma che “un’esatta previsione su quanto sta purtroppo avvenendo” è presente “nella sestina 11-30”, in cui “si parla chiaramente di un ‘medico’ e di un ‘grande male’ che porterà ‘infermità da costa a costa’”.
- 13 Tra queste, le maggiori sono riportate sul sito istituzionale del Ministero della Salute (www.salute.gov.it), cui si rinvia laddove si voglia avere piena contezza della disinformazione dilagante in materia.

nonché diffondendo fuorvianti narrazioni in ordine ai fattori scatenanti tale pandemia¹⁴, in grado di suscitare paure, dubbi ed incertezze.

Tuttavia, sarebbe un errore appiattire il problema infodemico sulla diffusione massiccia e incontrollata di notizie non veritiere, false, ovvero non adeguatamente vagliate (c.d. *fake news*).

Si tratterebbe, infatti, di una semplificazione inaccettabile, che

-
- 14 Specie agli inizi della pandemia, tra Washington e Pechino, è rimbalzata la teoria secondo cui il coronavirus sarebbe nato in un laboratorio cinese di Wuhan e sarebbe poi sfuggito al controllo, contagiando il resto del mondo. In particolare, al centro delle attenzioni c'è il *Wuhan Institute of Virology* (W.I.V.), che, secondo quanto riportato dal *Washington Post* in un editoriale del febbraio di quest'anno a firma di Josh Rogin, sarebbe stato sotto osservazione degli scienziati statunitensi già nel mese di gennaio del 2018 per carenze nella sicurezza. In particolare, secondo quanto sostenuto in quest'editoriale, due anni fa dei funzionari dell'ambasciata americana a Pechino, dopo aver visitato più volte il *Wuhan Institute of Virology*, avrebbero inviato alla Casa Bianca due dispacci diplomatici in cui esprimevano la loro preoccupazione circa la *pericolosa indagine* che si stava conducendo in quel laboratorio sul coronavirus presente nei pipistrelli, e i pericoli di diffusione negli esseri umani, con conseguente possibile sviluppo di una pandemia simile alla SARS. A sostenere l'ipotesi secondo cui il coronavirus sarebbe una *creazione di laboratorio* sono stati anche due biologi cinesi, Botao Xiano e Lei Xiao, della *South China University*, per i quali il virus sarebbe stato creato in un laboratorio vicino al mercato della città epicentro dell'epidemia, e precisamente nel *Wuhan Center for Disease Control and Prevention*. Sulla base dell'esperienza raccontata da uno scienziato che lavora in quello stesso laboratorio, il quale, dopo essere stato attaccato per ben due volte dai pipistrelli ed essersi messo in entrambe le occasioni in quarantena volontaria per 14 giorni in ragione della possibile infezione, i biologi ritengono, infatti, più che "plausibile che il virus sia trapelato dal laboratorio e abbia così contaminato i pazienti iniziali". Gli stessi studiosi della *South China University* hanno anche analizzato la possibilità che il coronavirus sia fuoriscito da un secondo laboratorio, posto a 12 chilometri di distanza dal mercato di Whuan, in cui da tempo gli scienziati stavano testando un particolare virus sui pipistrelli, partendo dalla promodiale Sars. Secondo quanto pubblicato dal pool di ricercatori, questo derivato potrebbe essere trapelato dal laboratorio. Tali notizie sono riportate sul sito www.tgcom24.mediaset.it. Più di recente, il laboratorio P4 di Wuhan è tornato ad essere al centro di sospetti e supposizioni a seguito di un articolo apparso sul quotidiano francese *Le Figaro* lo scorso 18 aprile. In esso, l'editorialista Isabelle Lasserre, dopo aver operato una lunga analisi sul famigerato laboratorio, pone nuovi dubbi non più sulla nascita del virus (se è o non è naturale) ma sulla sua possibile fuga dal laboratorio di Wuhan a causa di negligenze da parte del personale. Infine, ad alimentare l'ipotesi di una responsabilità del *Wuhan Institute of Virology* nella creazione del virus, responsabile della pandemia da Covid-19, ha concorso anche la rievocazione sui *social* di un servizio della rubrica scientifica Tg3 Leonardo andato in onda il 12 novembre del 2015, in cui si parlava di un supervirus fabbricato al tempo nei laboratori cinesi che destava allarme nella comunità scientifica.

scadrebbe addirittura nella banalizzazione di un fenomeno assolutamente più ampio e complesso e certamente diverso da altre forme tipiche della disinformazione con cui potrebbe essere confuso.

In realtà, a spiegare la portata del problema oggi compendiato nel neologismo *infodemia* soccorre anzitutto la sovrabbondanza di fonti informative di diverso spessore e credibilità da cui sono attinte (e continuano ad attingersi) notizie: comunicati ufficiali delle autorità di pubblica sicurezza; raccomandazioni delle autorità sanitarie globali (O.M.S.) e nazionali (Ministro della salute, I.S.S.); interviste ad epidemiologi, virologi, direttori sanitari e di istituti di ricerca; articoli su quotidiani, riviste e periodici, anche non specializzati; aggiornamenti continui da parte di telegiornali e notiziari, ma anche via radio e sulle testate online da parte delle emittenti *all news*; e, non da ultimo, *tweet*, messaggi *WhatsApp*, post su *Facebook* e chiacchiericcio vario di rete.

In tale contesto, peraltro, a colpire non è solo il numero crescente di notizie riguardo ai diversi aspetti del contagio epidemiologico veicolate da ciascuno di tali canali, quanto piuttosto gli spazi dedicati all'interno di ciascuno di essi all'argomento, che, via via, si ampliano sempre più, fino a rendere la problematica pandemica il principale, se non un unico, tema oggetto di discussione¹⁵.

Ma, a catturare immediatamente l'attenzione degli studiosi più curiosi ed attenti nei riguardi delle dinamiche comunicative in tema di Covid-19 è anche il modo in cui le notizie vengono date. La difficoltà di tener dietro a fatti di cronaca, in continuo aggiornamento, porta infatti spesso volte chi fa informazione a cadere nella *trappola della copertura in tempo reale*, che, nemica dei tempi fisiologici richiesti dalla necessaria verifica delle fonti, finisce per trasformare ogni fatto-notizia in una *breaking news* in costante riedizione. Al tempo stesso cambiano i toni dell'informazione. Ed infatti, alla sobrietà ed alla misura che sarebbero richiesti dalla natura delle notizie diffuse, tutti i canali comunicativi hanno infine preferito toni sensazionistici, maggiormente in grado di catturare l'attenzione del pubblico.

Certamente, però, a caratterizzare il recente fenomeno infodemico, marcandone la differenza dal semplice *infomation overload*¹⁶, è soprattutto la

15 Sotto tale profilo, un quadro esaustivo dell'informazione prodotta nel nostro Paese in relazione all'emergenza da Covid-19 è tracciato ed aggiornato periodicamente dall'Osservatorio sulla disinformazione *online* – Speciale Coronavirus, curato dall'A.G.C.O.M.

16 L'*information overload*(ing), ovvero il sovraccarico cognitivo, è un disturbo conseguente all'accessivo numerose di ore trascorse sul *web*, navigando da un sito all'altro, alla ricerca di informazioni sempre più aggiornate e complete, senza riuscire a fermarsi o a diminuire il tempo passato connessi alla rete. Inizialmente la persona avverte un senso di piacere e di eccitazione una volta trovata l'informazione, che successivamente lascia spazio ad un circolo vizioso

pluralità delle voci parimenti attendibili e con (quasi) uguale credibilità che si sono rincorse specie sulle più importanti testate nazionali ovvero sullo schermo, ma anche sui social, con dichiarazioni e virgolettati "tutti assolutamente validi, credibili e verificati singolarmente" ma che, nel complesso, non hanno semplicemente rischiato "di rendere piuttosto confusionaria e frammentaria l'informazione sul tema", come pure si è scritto¹⁷, ma che effettivamente l'hanno resa tale. Si coglie qui un profilo del fenomeno in esame, ad oggi ancora non particolarmente apprezzato nella sua rilevanza, eppure di assoluta centralità, specie nella prospettiva di una possibile soluzione delle problematiche ad esso connesse: a favorire lo scoppio dell'infodemia non sono solo le notizie volutamente manipolate o semplicemente non verificate, ma anche le notizie vere, quelle ufficiali, quelle fornite da fonti assolutamente attendibili. Anche queste, infatti, se in quantità esorbitante e in produzione continua, bastano da sole a creare infodemia¹⁸.

Senza contare l'incidenza in questo senso parimenti esercitata dal contrasto di opinioni sulle diverse questioni poste dalla pandemia tra le molte voci che, con pari autorità e *dignitas*, hanno fin da subito animato il confronto su tali temi.

Anzi, proprio in tal genere di contrasti deve forse ravvisarsi uno dei fattori di maggiore criticità registratisi all'interno del sistema comunicativo in pandemia. L'assenza su molti aspetti di una *communis opinio* tra gli esperti, accompagnata dalla già scarsa propensione a riferirsi prioritariamente ai canali di comunicazione istituzionale, ha infatti spinto i cittadini a migrare verso siti più *divulgativi*, la cui consultazione, purtroppo, è stata per lo più in grado di accentuare quei sentimenti di paura e di incertezza già naturalmente riconducibili all'emergenza sanitaria.

Né lo stacco tra la mancanza di evidenze scientifiche e le risposte attese dai cittadini è stato colmato dalla politica. Le plurime e diverse misure di contenimento sociale adottate ai vari livelli di governo, anche in quanto rese attraverso atti dal linguaggio "poco intuitivo e molto settoriale"¹⁹, hanno ancor più accentuato la "fuga" dei governati dalle fonti ufficiali, spingendoli a preferire i social e gli altri canali d'informazione, non certo in grado di fornire dati e notizie con la stessa accuratezza delle fonti istituzionali.

nel quale la persona si trova intrappolata: le informazioni iniziali non bastano più e la ricerca di ulteriori viene percepito come una necessità.

17 Si legga l'articolo da titolo: *Quando l'infodemia è più pericolosa di una epidemia. L'appello di Andrea Fontana*, su "Formiche".

18 Infodemia, in <http://www.insidemarketing.it/glossario/definizione/infodemia>, 27 febbraio 2020.

19 Così, L. Alfonso, G. Comin, #Zona Rossa. *Il Covid tra infodemia e comunicazione*, cit., p. 165.

3. Conscio dello spessore delle questioni di cui fin qui si è fatto solo cenno, chi, in questo tempo, è stato chiamato a fronteggiare in prima persona l'emergenza sanitaria da Covid-19, ha avvertito: "la comunicazione è [...] una componente fondamentale nella gestione di un'epidemia: le modalità e le tempistiche con cui viene impiegata possono contribuire al suo successo o al suo insuccesso"²⁰.

Il monito, che dà conto del pari rilievo oramai attribuito al contagio *informativo* rispetto a quello *virale*, sembra al contempo esprimere una forte consapevolezza circa l'improcrastinabilità di un'efficace azione di contrasto ai diversi fenomeni distorsivi del sistema comunicativo.

Del resto, l'immediata spinta, registratasi sia a livello ordinamentale interno che sul piano sovranazionale e internazionale, quanto all'adozione di misure di contrasto alle *fake news* ovvero alla promozione di una corretta informazione sul Covid-19 da parte non soltanto dei canali comunicativi istituzionali²¹

20 Così, W. Ricciardi, nella premessa a L. Alfonso, G. Comin, *#Zona Rossa. Il Covid tra infodemia e comunicazione*, cit., p. 13.

21 Il governo si è impegnato da subito in operazioni di trasparenza e *debunking*. In questa prospettiva, lo scorso 4 aprile, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri (Dipartimento per l'informazione e l'editoria) è stata istituita l'Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al Covid-19 sul web e sui *social network*, presieduta dal sottosegretario con delega all'Editoria. Gli obiettivi della *task force* che, ai fini dello svolgimento della propria attività, si avvale dell'apporto – a titolo gratuito – di alcuni esperti del mondo dell'informazione e dell'università, vanno dall'analisi delle modalità di diffusione e delle fonti che generano le *fake news*, alla promozione di campagne di sensibilizzazione, dalle *partnership* con specialisti del *fact checking* al coinvolgimento diretto degli utenti nell'individuazione e segnalazione – alla stessa Unità – di contenuti non veritieri relativi al Covid-19. Non dotata di poteri sanzionatori e di vigilanza sui singoli soggetti, la *task force* provvede al solo monitoraggio sulla circolazione delle *fake news*, al fine di fornire agli utenti i criteri per discernere le notizie certificate, riconducibili a fonti istituzionali, dai contenuti fuorvianti, di dubbia autenticità.

Dal canto suo, sempre al fine di fornire ai cittadini informazioni corrette ma anche consentire loro di identificare le *fake news* più frequenti (*debunking*), il Ministero della Salute ha avviato una *partnership* con i maggiori motori di ricerca per riorganizzare i risultati presenti sulla pagina. Sicché, oggi, dopo aver digitato la parola *virus*, il motore di ricerca restituisce per primi i *link* delle istituzioni sanitarie (italiane e internazionali) e suddivide i risultati in sintomi, prevenzione e cure, utilizzando contenuti certificati come attendibili, quando non direttamente ufficiali. Per quanto riguarda il secondo tipo di contromisure, volte a demistificare le *fake news* per offrire ai cittadini un orientamento corretto in materia di Covid-19, lo stesso Ministero, come già osservato alla nota n. 13, ha compilato una lista delle notizie false più ricorrenti, segno di un'evidente attenzione a monitorare la situazione giorno per giorno (disponibile alla pagina Covid-19 – Attenti alle bufale). Un'altra istituzione che sta conducendo una simile operazione di contrasto è l'A.G.C.O.M., la quale, dagli inizi del 2019, come già evidenziato alla nota

ovvero dalle autorità sanitarie²², ma anche dei media tradizionali²³ e dei nuovi

n. 15, ha avviato un Osservatorio sulla disinformazione *online*, pubblicando rapporti con cadenza trimestrale, inviando informative ai ministeri, coinvolgendo diversi *stakeholder* nei tavoli di lavoro per lo studio di *policy* di contrasto più specifiche in materia, e soprattutto formulando una *checklist* di controlli che il cittadino può attuare per verificare le notizie. Agli stessi scopi, tale Autorità ha inoltre istituito il Tavolo Piattaforme digitali e *Big data* – Emergenza Covid-19, la cui attività è focalizzata sull'attuazione delle iniziative volte al contrasto della disinformazione *online* su temi medico-sanitari e relativi al contagio, anche in raccordo con il tavolo tecnico di cui alla delibera n. 423/17/CONS (Tavolo per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali). Il tavolo si prefigge, tra l'altro, l'obiettivo di costituire un punto di raccordo tra le piattaforme *online*, gli *stakeholder* e le altre istituzioni italiane in merito all'utilizzo dei *big data* ai fini dell'individuazione di eventuali misure di contrasto al contagio. Tra le attività a cui esso ha dato impulso vi è l'attivazione di un'edizione speciale dell'Osservatorio sulla disinformazione *online*, dedicata al coronavirus.

Nel contesto della crescente attività di disinformazione legata alla pandemia di Covid-19, anche le istituzioni dell'U.E. si sono adoperate per sensibilizzare sui pericoli della disinformazione e promuovere l'uso di fonti autorevoli, altresì incoraggiando le piattaforme *online* a contribuire alla lotta contro le *fake news* e altri tentativi di cattiva informazione anche con la rimozione di contenuti illegali o falsi. Il 10 giugno 2020 la Commissione europea e l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza hanno pubblicato una comunicazione congiunta intitolata *Contrastare la disinformazione sulla Covid-19 – Guardare ai fatti* al fine di proporre azioni concrete per aumentare la resilienza dell'U.E. contro la sfida della disinformazione. Tra di esse figurano: il sostegno dell'U.E. ai verificatori di fatti e ai ricercatori; il rafforzamento delle capacità di comunicazione strategica dell'U.E.; e il potenziamento della cooperazione con i *partner* internazionali, garantendo nel contempo la libertà di espressione e il pluralismo.

- 22 Oltre al Ministero della Salute, di cui si è detto alla nota n. 21, la cui azione è ovviamente confinata all'interno del nostro ordinamento, anche l'O.M.S. ha lanciato una campagna contro la disinformazione sul Covid-19. Con un articolo sulla sua pagina ufficiale del 25 agosto, *Immunizzare il pubblico dalla disinformazione*, tale organizzazione ha confermato che sta monitorando il *web* a caccia di notizie false sull'epidemia per combattere una "sovrabbondanza di informazioni e la rapida diffusione di notizie, immagini e video fuorvianti o falsi" sul nuovo coronavirus. La campagna di monitoraggio del *web* e di caccia alle bufale viene condotta dall'O.M.S. in collaborazione con l'iniziativa *Global Pulse* dell'O.N.U., nata per impiegare in cause umanitarie i moderni strumenti della raccolta dati e dell'intelligenza artificiale per la loro elaborazione. Attualmente l'agenzia O.N.U. per la sanità sta collaborando con almeno 50 compagnie del *web*, fra cui i maggiori *social network* e motori di ricerca, "per assicurarsi che i messaggi sulla salute provenienti dall'Organizzazione e da altre fonti ufficiali appaiano per primi quando un utente cerca informazioni sul Covid-19".

- 23 Anche i *media* tradizionali, ed in particolare la RAI è scesa in campo al fine di contrastare la diffusione di certa disinformazione in tema di Covid-19, istituendo un osservatorio permanente. Trattasi di una *task force*, coordinata dal direttore

strumenti *social*²⁴, evidenzia chiaramente come la comunicazione si sia ormai

-
- di RaiNews24 Antonio Di Bella, con Gerardo D'Amico – giornalista che per la testata *allnews* gestisce il settore medico/scientifico – Segretario Organizzativo. L'iniziativa, qualificata quale "ulteriore sforzo del Servizio Pubblico nell'informare correttamente il Paese", è prevista dal Contratto di servizio e dal Piano Industriale. Dal punto di vista operativo la *task force* si propone di realizzare un *database* coinvolgendo medici, virologi, epidemiologi, scienziati che, grazie alle proprie conoscenze, contribuiranno a dare un'informazione corretta, smascherando le *fake news*.
- 24 Nella lotta contro le *fake news*, i *big del web* si sono mossi in due direzioni. Da una parte, promuovendo la corretta informazione sul Covid-19; dall'altra, limitando la diffusione delle *fake news*, ricorrendo al *fact-checking*. Sotto il primo profilo, già all'indomani dell'emergenza sanitaria globale dichiarata dall'O.M.S., Facebook ha indirizzato oltre 2 miliardi di persone verso le risorse di tale organizzazione e di altre autorità sanitarie ufficiali (in Italia, il Ministero della Salute) attraverso il Centro informazioni sul Covid-19 e i *pop-up* presenti sia su Facebook sia su Instagram. Inoltre, a tutte le persone che hanno interagito con notizie false relative al Covid-19, in cima al *News Feed* appare un nuovo messaggio e una nuova sezione – ora attiva solo negli Stati Uniti – del Covid-19 *Information Center*, chiamata *Get the Facts*, che include articoli verificati e approvati dai suoi *fact-checkers*. Anche Twitter oggi reindirizza alla pagina *internet* del Ministero della Salute tutti gli utenti che effettuino una ricerca inerente al coronavirus e mette al bando i *post* fuorvianti. Nel mirino, in *primis*, i *tweet* che negano fatti scientifici accertati sulla trasmissione del virus o che propongono teorie complottiste; a seguire, i *post* che descrivono metodi – non scientifici – di autodiagnosi, misure protettive e trattamenti inefficaci. Da ultimo, anche TikTok, agli utenti che creano, visualizzano e interagiscono con contenuti relativi al coronavirus, presenta un avviso in cui si raccomanda di rivolgersi alle fonti istituzionali, internazionali e locali. La seconda grande sfida, quella finalizzata al contenimento delle *fake news*, ha visto ad oggi oltre 60 organizzazioni di *fact-checking* impegnate a rivedere contenuti in oltre 50 lingue in tutto il mondo. Su Facebook, i contenuti giudicati falsi dai *fact-checkers* vengono segnalati con delle etichette e ne viene ridotta la distribuzione. Grazie sempre a Facebook, e ad un suo progetto lanciato nell'ambito dell'iniziativa di co-regolamentazione definita da A.G.C.O.M. per arginare il problema della disinformazione *online* sul Covid-19, da ultimo, il *fact-checking* è arrivato anche su WhatsApp. Tale progetto, giusto quanto precisato nel comunicato stampa dell'A.G.C.O.M. dello scorso 2 aprile, "si basa su un autonomo accordo tra Facebook e un *fact-checker* indipendente, selezionato dalla piattaforma e già partner del Facebook Third-Party Fact-Checking Program e membro dell'*International Fact Checking Network* di Poynter. Il *Fact-checker* selezionato da Facebook è 'Pagella Politica'", chiamata ad operare "attraverso un progetto ad hoc denominato 'Facta'. Dotato di un profilo WhatsApp e di una numerazione dedicata [...], Pagella politica/Facta riceverà le segnalazioni da parte di quegli utenti della piattaforma che vorranno sottoporre contenuti alla verifica di autenticità, assumendosi la responsabilità sulla

definitivamente imposta come il cuore dei problemi attorno a cui ruota la gestione di situazioni emergenziali, quale quella provocata da una pandemia.

A marcare l'incidenza che una corretta informazione (ovvero, la sua mancanza) esercita sulla condotta infine assunta dai singoli in una situazione emergenziale pare peraltro sufficiente riferirsi all'esperienza concretamente maturata in questi mesi.

È infatti all'inesatta, incompleta ovvero manchevole conoscenza dei dati intanto offerti dall'*expertise* medico/scientifica, al fine tra l'altro di dimostrare l'assoluta infondatezza delle tante *fake news* diffuse sui *social*, che sembra potersi ricondurre il sospetto con cui in qualche occasione si è guardato a quelle misure di contenimento sociale adottate dai diversi livelli di governo in funzione della salvaguardia della salute individuale e collettiva. In questo senso, quindi, lo stacco tra conoscenza e di-sinformazione, che, nelle more, ha segnato la distanza tra chi ha manifestato una generica contrarietà ad una perdurante applicazione di quelle stesse misure e chi invece si è posto nella prospettiva di una loro valutazione secondo il metro della ragionevolezza e della proporzionalità, pare, per il futuro, marcare ancor più la rilevanza che, in seno alla riflessione politico-giuridica, deve essere attribuito al tema della corretta informazione.

Intanto, in tale direzione l'esperienza concretamente maturata in questi tempi di pandemia, in cui la garanzia di un'informazione non falsata ovvero veicolata *aliunde* pare ancor più difficile da offrire per le tante incertezze ancora manifestate dagli esperti nel fronteggiare talune problematiche connesse alla diffusione del contagio dal Covid-19, sembra anzitutto suggerire l'improcrastinabilità di una rimodulazione dei rapporti tra conoscenze e saperi, strutturati non più secondo schemi agonistici e competitivi, ma secondo moduli cooperativi e solidaristici, in grado di "migliorare definitivamente l'intero ecosistema di comunicazione della scienza e non solo quello riguardante l'attuale emergenza sanitaria"²⁵. Ancor prima, però, essa pare marcare con chiarezza la necessità che "la discussione scientifica di ciò su cui non si è ancora formato un consenso

valutazione del contenuto e sui criteri adottati a tal fine". "Facta, inoltre, aggiornerà costantemente la piattaforma *WhatsApp* sulle informazioni verificate sul Covid-19 e, agli utenti che lo richiederanno, invierà un messaggio sul resoconto giornaliero delle analisi effettuate e pubblicate sul sito".

- 25 Così, R. Caso, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il Covid-19?*, in "BioLaw Journal – Giornale di BioDiritto", n. 2, 2020. Ciò consentirebbe, del resto, di rafforzare quella rinnovata fiducia nella scienza che si è registrata fin dall'inizio della pandemia, così come evidenziato da L. Alfonso, G. Comin, *#Zona Rossa. Il Covid tra infodemia e comunicazione*, cit., p. 38.

chiaro, ritorni nei suoi luoghi consoni”, e l’impellenza che, “a fronte di una disseminazione anche molto rapida di risultati e ipotesi nella comunità scientifica”, ci sia “un filtro e una comunicazione intermedia di quegli stessi risultati, che ponga bene in evidenza le differenze fra evidenze robuste e pura speculazione o scienza non ancora matura”²⁶.

Al tempo stesso, l’esperienza frutto di questi mesi pare altresì evidenziare in maniera oramai lapalissiana come la definizione delle tante questioni che rappresentano *idealmente* il lascito che questo episodio pandemico lascia al dibattito politico non meno che alla riflessione giuridica non può che fondarsi sul continuo rinvio a quei canali comunicativi ufficiali che soli possono offrire elementi di certezza su cui strutturare una seria riflessione.

Di per sé, però, il solo rinvio a tali fonti, per quanto importante, non è risolutivo. Una comunicazione che, in situazioni emergenziali, aspiri a dare effettivamente risposta ad una domanda di conoscenza non falsata dalle vicende contingenti deve anzitutto ripensare se stessa, e le modalità di sua espressione, per fondarsi finalmente sulla chiarezza, l’intelligibilità e l’accessibilità dell’informazione. La chiarezza del linguaggio è infatti fondamentale per consentire alle persone esposte a rischio di comprendere al meglio la situazione e stimolarle quindi ad adottare comportamenti più responsabili. A ciò si aggiunga che essa è altresì strumentale alla costruzione di un rapporto di fiducia, e non più di sospetto, tra cittadini e autorità. E ciò vale sia in rapporto alla comunità scientifica che al potere decisionale.

La riforma del modello di comunicazione pubblica, fondata sui concetti di tempestività, affidabilità, chiarezza²⁷, dovrebbe peraltro accompagnarsi ad una rivisitazione che, anche in questo caso, interessi anzitutto i rapporti tra coloro che ne sono autori, e precisamente tra scienziati e politici, nonché tra questi ed i professionisti dell’informazione. Ed infatti, al fine di evitare pericolose *fughe* in avanti da parte degli uni o degli altri, diventa sempre più urgente e necessario che vi sia concerto nelle decisioni istituzionali, attraverso il comune e costante impegno alla condivisione di dati e conoscenze, e massima professionalità sul piano informativo, a mezzo di un’assunzione di responsabilità quanto alla diffusione di notizie basate su dati ufficiali e non su confuse ed indistinte narrazioni.

Ecco allora che, per gli aspetti qui considerati, in chiave politico-istituzionale, l’emergenza sanitaria ancora in corso non sollecita

26 Così, E. Bucci, *Danni da infodemia sul covid, da Montagnier a Wakefield*, in “www.huffingtonpost.it”, 14 luglio 2020.

27 Per una più approfondita analisi dei principi cui deve ispirarsi la comunicazione in emergenza, cfr. G. Manfredi, *Infodemia. I meccanismi complessi della comunicazione nelle emergenze*, Rimini 2015, p. 23 ss.

semplicemente una nuova stagione di riforme nel segno dell'accentuazione della qualità della normazione, che nella mole impressionante di decreti ed ordinanze in cui si è espressa in questi mesi ha dato di sé una prova non certo brillante²⁸, ovvero, ancor prima, la risoluzione di quel contrasto di competenze che sembra averla non poco alimentata. Piuttosto, essa richiama il decisore politico anzitutto alla necessità di improntare la propria condotta ad un nuovo codice comportamentale, che, in situazioni emergenziali, lo sottragga ad atteggiamenti a dir poco imprudenti, in quanto basati su letture affrettate e parziali di situazioni di cui non si ha ancora piena contezza, quando non addirittura pericolosi, per la possibilità di fuorviare e/o condizionare i cittadini²⁹. E questo perché se è indubbio che, ai fini del contenimento degli effetti negativi che, specie a livello economico/sociale, si registrano in conseguenza di situazioni a carattere emergenziale, è indiscutibilmente necessaria un'efficace comunicazione delle misure direttamente adottate allo scopo, è altrettanto inopinabile che l'accettazione di queste stesse misure è più spesso in funzione di quell'attività di sensibilizzazione e *moral suasion* dei cittadini che ne solleciti comportamenti utili a contenere il più possibile le conseguenze dannose del fenomeno critico³⁰.

Sotto tale profilo, quindi, il senso di responsabilità preteso dai cittadini, chiamati ad attenersi a tali misure, nonché alle indicazioni delle autorità sanitarie, presuppone che l'autorevolezza delle istituzioni non risulti messa in discussione da vicende che esponcano l'autorità ad episodi facilmente stigmatizzabili nonché risibili, specie oggi in conseguenza dell'amplificazione che della notizia vien data dai *social media* e dalle piattaforme digitali. Soprattutto, è indubbio che la condotta pretesa dai governati debba rispecchiarsi in un'eguale assunzione di responsabilità da parte delle istituzioni, *in primis* quelle politiche, che, specie in situazioni

28 Su cui insistono L. Alfonso, G. Comin, *#Zona Rossa. Il Covid tra infodemia e comunicazione*, cit., pp. 149 ss. e p. 165 ss.

29 Paradigmatica in questo senso è l'iniziativa risaltata alla cronaca nazionale con l'hashtag *#Milanononsiferma*, promossa dal Partito Democratico Metropolitano milanese. Nell'occasione, il sindaco di Milano, Giuseppe Sala, nonostante il contagio fosse già in atto, con un video lanciato sui propri *social* esortò i propri concittadini a uscire per l'ape sui *rooftop* o ai Navigli; e lo stesso segretario del partito, on. Nicola Zingaretti, partecipò all'iniziativa, consumando un aperitivo con i giovani milanesi. Era il 27 febbraio scorso. Dodici giorni dopo, il governo scelse il *lockdown* nazionale.

30 Sui diversi modi di espressione della comunicazione in situazioni emergenziali, L. Alfonso, G. Comin, *#Zona Rossa. Il Covid tra infodemia e comunicazione*, cit., p. 121 ss.

di emergenza, sono più che mai tenute a veicolare un'informazione quanto mai corretta e rispettosa del dato reale.

E così, mentre la ricerca di un vaccino in grado di bloccare il contagio virale continua, l'efficacia di quello contro l'infodemia sembra intanto già chiaramente poggiare anzitutto nello sviluppo di una cultura di consapevolezza e responsabilità da parte di tutti coloro che, in ruoli e in modi diversi, diffondendo o fruendo di esso, sono partecipi del sistema comunicativo³¹.

31 Anche perché la stessa responsabilità della pandemia di informazioni nei momenti di crisi è una responsabilità condivisa. L'osservazione la si ritrova in <https://www.insidemarketing.it/glossario/definizione/infodemia>.

LUIGI FERRARO

LA FRANCIA E LA NUOVA DISCIPLINA EMERGENZIALE A SEGUITO DEL COVID-19: LO STATO DI EMERGENZA SANITARIA

1. *La Francia e il Covid-19*

La Francia è tra i Paesi europei maggiormente colpiti dalla pandemia da Covid-19¹. Dopo la c.d. prima ondata di contagi, relativa al periodo di inizio primavera 2020, anche la nuova recrudescenza del virus, conclamatasi nel periodo autunnale di questo stesso anno, si è manifestata in tutta la sua gravità tanto da costringere il Presidente Macron, nel discorso alla nazione del 28 ottobre, ad annunciare un nuovo periodo di *lockdown* a partire dal 30 ottobre sino al 1 dicembre².

Si è trattato, tuttavia, di una chiusura delle attività meno gravosa rispetto a quella primaverile, dal momento che si sono mantenute aperte le scuole, gli uffici pubblici e tutte le attività essenziali per la vita del Paese, così come è rimasta ferma la possibilità per i cittadini di recarsi al proprio luogo di lavoro, pur essendosi sollecitata, laddove possibile, l'attività lavorativa da remoto. Al contrario, hanno dovuto chiudere i bar, i ristoranti o, comunque, tutte le attività ritenute non necessarie. Al termine di questo periodo di sacrifici, si sono però potuti constatare risultati epidemiologici apprezzabili, il che ha permesso di programmare in via graduale nuovi provvedimenti meno restrittivi dei precedenti³.

-
- 1 Il giorno 11 marzo 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha stabilito che il focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2, sviluppatosi in Cina, può essere qualificato come pandemia, <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-dichiarazione-pandemia>.
 - 2 Ancor prima, dal 17 ottobre, il Governo francese aveva già disposto il coprifuoco per la regione di Parigi e per altre 8 aree metropolitane, decisione poi estesa a 38 dipartimenti.
 - 3 Il *lockdown* ha prodotto i risultati sperati tanto che il Presidente Macron ha potuto annunciare il 24 novembre 2020 un allentamento delle misure restrittive, come la riapertura di taluni esercizi commerciali "non essenziali" (es.: i negozi di abbigliamento).

La dichiarazione autunnale di *lockdown* ha fatto seguito alla decisione già presa dal Governo di ripristinare dal 17 ottobre 2020 lo stato di emergenza sanitaria⁴ – che nel frattempo era stato revocato il precedente 10 luglio – proprio per il nuovo aggravarsi della situazione pandemica in tutto il territorio francese.

In realtà, sin dall'inizio del propagarsi in Europa del virus Covid-19, cioè nella parte terminale della stagione invernale 2019/2020, la Francia ha dovuto fare i conti con la sua 'aggressività'. Tra i primi provvedimenti presi è necessario ricordare un *arrêté* del Ministro della salute del 4 marzo 2020, teso a limitare da subito gli assembramenti di un numero elevato di persone⁵, e un successivo decreto del 16 marzo, in cui l'Esecutivo ha stabilito – inizialmente per un periodo di 15 giorni – il confinamento dei cittadini, vietando loro di allontanarsi dal proprio domicilio, se non per ragioni lavorative, di acquisto di beni essenziali di vita e per urgenti esigenze familiari⁶.

In un primo momento, i provvedimenti adottati, in particolare gli *arrêts* del Ministro della Salute, hanno trovato il loro fondamento normativo nell'art. L3131-1 del Codice della sanità pubblica (da ora in poi C.S.P.), secondo cui in caso di grave minaccia per la salute che richieda misure di emergenza, con specifico riferimento al rischio di un'epidemia, il Ministro della salute può con decreto motivato prescrivere, nell'interesse generale, qualsiasi misura proporzionata ai rischi sostenuti così da poter prevenire e limitare le eventuali minacce alla salute dei cittadini⁷.

mento). Per il crono-programma dei nuovi provvedimenti <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus>

- 4 *Décret* n° 2020-1257, 14 ottobre 2020, in <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042424377>
- 5 Cfr. A. Deffenu, F. Laffaille, *Stato di emergenza sanitaria e Covid-19: (breve) lettura francese di un fenomeno giuridico abnorme*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, p. 179.
- 6 Si tratta del *Décret* n° 2020-260, 16 marzo 2020, su cui v. F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 5 maggio 2020, p. 51; cfr. P. Piciacchia, *La democrazia francese alla prova del Covid-19 tra imperativi sanitari e profili giuridici dell'emergenza*, in *Nomos*, n. 1, 2020, p. 20.
- 7 J. De Vivo, *Un nuovo "stato d'urgenza" per un'inedita emergenza. Brevi annotazioni sul caso francese*, in *Nomos*, n. 1, 2020, p. 2, precisa che nella prima fase "la maggior parte degli interventi normativi sono stati adottati principalmente attraverso tre strumenti: gli *arrêts* del Ministro della Salute, i *décrets simples* a firma del Primo Ministro e dei Ministri interessati e i *décrets en conseil de Ministres*, firmati dal Presidente della Repubblica, dal Primo Ministro e dai Ministri interessati".

Il legislatore, però, in ragione della drammaticità della crisi epidemica, ha ritenuto di dover successivamente intervenire, dando vita – accanto alla fattispecie di cui al citato art. L3131-1 C.S.P. – ad una nuova ipotesi emergenziale, cioè lo stato di emergenza sanitaria, ritenuto più idoneo alle esigenze che si stavano manifestando a seguito della diffusione della patologia virale. Tale novità normativa si è avuta con la legge n° 2020-290 del 23 marzo 2020, tesa ad introdurre nello stesso C.S.P., in particolare nel suo Titolo III, il Cap. I *bis* rubricato “*État d’urgence sanitaire*”.

Proprio in forza di questa nuova disciplina si sono potuti meglio definire – rispetto alla fase precedente l’innovazione legislativa – tutti i provvedimenti limitativi delle libertà fondamentali indispensabili per l’emergenza sanitaria, a partire da quelli relativi alla libertà di circolazione. La limitazione di tale diritto, ad esempio, è durata sino all’11 maggio 2020, data in cui si è inaugurato il *Plan de déconfinement progressif*, finalizzato “ad allentare gradualmente le misure di contenimento su base regionale differenziata”⁸.

Tale gradualità ha peraltro caratterizzato il rientro dall’intero stato emergenziale, come dimostrano la legge n° 2020-546 (11 maggio 2020), che ha prorogato il suddetto stato di emergenza sanitaria sino al 10 luglio, e la successiva legge n° 2020-856 (9 luglio 2020), con cui si è attribuito al Primo Ministro, pur essendo terminata la condizione emergenziale, il potere di continuare ad adottare sino al 30 ottobre una serie di misure limitative dei diritti, tese ad evitare la ripresa della pandemia.

Tale ultimo obiettivo, tuttavia, non è stato raggiunto, dal momento che, dopo la pausa estiva, si è registrato un progressivo – e a volte anche esponenziale – aumento dei contagi con l’avvento del periodo autunnale, le cui condizioni climatiche hanno favorito, a differenza dell’estate, la diffusione del Covid-19. La situazione è divenuta talmente grave durante la ‘seconda ondata del virus’ da indurre, come detto all’inizio, il Presidente Macron ad un rinnovato *lockdown*, quale ultimo rimedio per fronteggiare la difficile crisi sanitaria.

2. Lo stato di emergenza in Francia tra Costituzione e legge ordinaria

Questa emergenza ha reso necessario il ricorso a misure fortemente limitative dei diritti fondamentali, a causa dell’assenza, almeno sino a poco fa,

8 Cfr. F. Marconi, *Crisi Covid-19 e limitazione della libertà di movimento, del diritto di riunione e di manifestazione in Francia, Spagna e Germania alla luce della giurisprudenza recente*, in *Amministrazione in Cammino*, 14 luglio 2020, p. 9.

di un vaccino in grado di immunizzare la popolazione dal coronavirus⁹, per cui, come spesso accade nelle situazioni emergenziali, si è dovuti intervenire sulle libertà delle persone, in particolare quelle che favoriscono la socialità, così da limitare i pericoli di circolazione del Covid-19.

Ciò ha costretto ad attingere alla disciplina sugli stati di emergenza, che in Francia è tanto di rango costituzionale, quanto di rango legislativo. Per ciò che concerne la Carta fondamentale della V Repubblica, le disposizioni di riferimento sono innanzitutto gli artt. 35 e 36 Cost. Quest'ultimo prevede lo stato d'assedio decretato dal Consiglio dei ministri, per la cui proroga è necessaria l'autorizzazione del Parlamento, mentre l'art. 35 Cost. disciplina lo stato di guerra, la cui dichiarazione è autorizzata ancora dal Parlamento che deve essere informato dal Governo¹⁰.

Seppure sia stata richiamata più volte la condizione di guerra dal Presidente Macron, tuttavia, al di là delle dichiarazioni evocative in riferimento ad una drammatica condizione sanitaria, non si sono palesemente verificate le condizioni richieste dall'art. 35 Cost. in tema di guerra per la sua applicazione, né tanto meno quelle per lo stato d'assedio, ex art. 36 Cost.

Altra disposizione costituzionale relativa ad uno stato di emergenza è l'art. 16 Cost., secondo cui "Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale. Egli ne informa la nazione con un messaggio. Tali misure devono essere ispirate dalla volontà di assicurare ai poteri pubblici costituzionali, nel minor tempo possibile, i

9 Gli organi di stampa hanno dato notizia della positiva conclusione della sperimentazione per taluni tipi di vaccino, pronti quindi ad essere somministrati nella popolazione, tant'è vero che la relativa campagna partirà in Francia tra la fine del 2020 e l'inizio del 2021.

10 Art. 35 Cost.: "La dichiarazione di guerra è autorizzata dal Parlamento. Il Governo informa il Parlamento della sua decisione di far intervenire le forze armate all'estero, al più tardi tre giorni dopo l'inizio dell'intervento. Il Governo specifica gli obiettivi perseguiti. Tali informazioni possono dar luogo a dibattito senza che si proceda ad alcuna votazione. Se la durata dell'intervento supera i quattro mesi, il Governo ne sottopone il prolungamento all'autorizzazione del Parlamento. Può chiedere all'Assemblea nazionale di decidere in ultima istanza. Se il Parlamento non è in sessione allo scadere dei quattro mesi, si pronuncia all'apertura della sessione seguente". L'art. 36 Cost.: "Lo stato d'assedio è decretato dal Consiglio dei ministri. Non può essere prorogato oltre dodici giorni senza autorizzazione del Parlamento".

mezzi necessari per provvedere ai loro compiti. Il Consiglio costituzionale è consultato al riguardo. Il Parlamento si riunisce di pieno diritto. L'Assemblea nazionale non può essere sciolta durante l'esercizio dei poteri eccezionali. Passati trenta giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il Consiglio costituzionale può essere incaricato dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori, di verificare se le condizioni di cui al primo comma sussistano ancora. Il Consiglio si pronuncia nel più breve tempo possibile tramite un parere pubblico. Procede di pieno diritto a tale esame e si pronuncia alle stesse condizioni allo scadere dei sessanta giorni di esercizio dei poteri eccezionali e in ogni altro momento oltre tale durata".

Si tratta, com'è noto, di una disposizione costituzionale applicata in occasione del tentativo di colpo di Stato in Algeria (1961) e a cui non si è mai più fatto ricorso, anche in ragione della "genericità dei suoi presupposti"¹¹, oltre che per gli ampi poteri riconosciuti al Presidente della Repubblica. Sebbene non sia mancato un indirizzo dottrinario che abbia evocato l'art. 16 Cost., nel senso di configurare l'attuale drammatica situazione sanitaria come capace di minacciare le istituzioni della Repubblica e di impedire il normale funzionamento dei poteri pubblici, ciò nonostante le Autorità francesi non hanno fatto ricorso a questo disposto costituzionale¹².

11 Come evidenzia C. Sartoretti, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, p. 1668; A. Vidaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *ult. op. cit.*, p. 1458, parla, in relazione all'art. 16, di "un *drafting* costituzionale piuttosto vago". Per un commento sull'art. 16 della Costituzione francese, cfr., *ex multis*, J. Lamarque, *La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958*, in *Revue du droit public*, 1961, p. 558 ss.

12 Su questa interpretazione dell'art. 16 Cost. in riferimento alla crisi pandemica, cfr. P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, in *Mediapart* (<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/230320/l-etat-d-urgence-sanitaire-remede-placebo-ou-venin-juridique>), 24 marzo 2020, a giudizio del quale: "si l'on devait considérer, en dépit de la circonstance que le Parlement vient d'adopter trois lois dans des délais record, que la situation sanitaire menace désormais gravement les institutions de la République et empêche le fonctionnement normal des pouvoirs publics, le Président de la République pourrait choisir d'être l'Etat à lui tout seul, en activant l'une des armes constitutionnelles atomiques qu'est l'article 16 de la Constitution". In senso contrario, cfr. J. Andriantsimbazovina, *Les régimes de crise à l'épreuve des circonstances sanitaires exceptionnelles*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* (revuedlf.com/droit-administratif/les-regimes-de-crise-a-l-epreuve-des-circonstances-sanitaires-exceptionnelles/), *chron.* n. 20, 2020, p. 2.

Al contrario, è stata utilizzata dal Governo la clausola, di derivazione giurisprudenziale, delle “circostanze eccezionali”, come dimostra la parte introduttiva del *Décret* n° 2020-260, 16 marzo 2020, laddove, dopo essere stati richiamati il *code civil* e il *code de la santé publique*, si è fatto riferimento alle “*circostanze eccezionali* (corsivo nostro) derivanti dall’epidemia da Covid-19”. Si tratta, cioè, di un indirizzo giurisprudenziale elaborato dal Consiglio di Stato durante la prima guerra mondiale¹³, per cui, invocando proprio la presenza di circostanze eccezionali, è possibile “neutraliser les irrégularités qui, en temps normal, auraient entraîné l’annulation de l’acte”¹⁴. È evidente che attraverso tale clausola la giurisprudenza amministrativa francese sembrerebbe ammettere “misure che, in tempi ‘normali’, sarebbero illegittime”¹⁵, il che è tornato utile anche in questa crisi pandemica per offrire una più solida base giuridica a taluni provvedimenti adottati.

Il quadro normativo francese in tema di disciplina emergenziale è poi completato dalla legge n° 55-385 del 3 aprile 1955 “relative à l’état d’urgence”. In particolare, è previsto che lo stato d’emergenza può essere dichiarato “in caso di pericolo imminente derivante da gravi violazioni dell’ordine pubblico o in caso di eventi che, per loro natura e gravità, presentano il carattere di una *calamità pubblica* (corsivo nostro)” (art. 1). Lo stato d’emergenza è dichiarato dal Consiglio dei ministri (art. 2) ed ha un’efficacia di 12 giorni, a meno che non sia prorogato con legge (art. 3); tra le misure previste si segnalano, ai nostri fini, la possibilità di vietare la circolazione di persone o veicoli nei luoghi e negli orari stabiliti o di istituire zone di protezione o di sicurezza in cui il soggiorno delle persone è regolamentato (art. 5).

Nonostante la legge n° 55-385 offrisse una disciplina tendenzialmente capiente rispetto alle esigenze della pandemia in atto, come si evince dalle poche disposizioni richiamate, tuttavia, la scelta delle Autorità francesi si è rivolta nella direzione di una nuova regolamentazione, qual è la legge n° 2020-290, al fine di individuare una diversa fattispecie come lo stato di emergenza sanitaria. Né la normativa costituzionale, né quella legislativa rappresentata dalla legge n° 55-385, cui si aggiunge per lo specifico stato di necessità l’art. L3131-1 del C.S.P., sono state ritenute congrue alle esigenze

13 *Conseil d’État*, 28 juin 1918, Heyriès; *Conseil d’État*, 28 février 1919, dames Dol et Laurent.

14 Così si esprime V. Sizaire, *Un colosse aux pieds d’argile*, in *La Revue des droits de l’homme – Actualités Droits-Libertés*, 29 marzo 2020, p. 3; cfr. C. Sartoretti, *La risposta francese all’emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., p. 1660, che richiama espressamente il *Décret* n° 2020-260, 16 marzo 2020, in riferimento alla clausola delle circostanze eccezionali.

15 Cfr. A. Deffenu, F. Laffaille, *Stato di emergenza sanitaria e Covid-19*, cit., p. 183.

della pandemia. Si è deciso, perciò, di legiferare nuovamente, contravvenendo al principio generale per cui la disciplina di uno stato d'emergenza richiede una ponderazione e maturazione delle scelte normative oggettivamente incompatibili con il *pathos* e l'incedere di una situazione emergenziale.

Proprio la legge n° 55-385, invero, è stata ripetutamente applicata quale strumento normativo per fronteggiare l'emergenza terroristica sopportata dalla Francia negli ultimi anni, anzi, il Presidente Hollande, seppure senza successo, provò pure a recepire durante il suo mandato lo stato d'urgenza in Costituzione¹⁶. Ebbene, nonostante il ricorso a tale legislazione sia stato frequente negli anni scorsi, le Autorità francesi però in questo contesto pandemico hanno comunque ritenuto di effettuare una scelta diversa, nel senso di orientarsi verso una nuova legislazione.

3. *Una nuova fattispecie: lo stato di emergenza sanitaria*

Il Parlamento francese, pertanto, ha approvato la novella legislativa n° 2020-290 che, integrando il C.S.P., ha introdotto nell'ordinamento transalpino una nuova tipologia di emergenza: lo stato di emergenza sanitaria. È bene ribadire, però, che prima dell'adozione di questa legge, avvenuta il 23 marzo 2020, tutti i diversi provvedimenti già assunti dall'Esecutivo hanno rinvenuto nell'art. L3131-1 del C.S.P. la loro base normativa.

Quest'ultima disposizione consente al Ministro della salute – com'è avvenuto – di adottare “*quelsiasi misura* (corsivo nostro) proporzionata ai rischi sostenuti e adeguati alle circostanze di tempo e di luogo al fine di prevenire e limitare le conseguenze di possibili minacce alla salute della popolazione” (art. L3131-1). Sebbene da un lato l'art. L3131-1 faccia riferimento alla minaccia di epidemia, risultando quindi appropriato alle circostanze di specie, dall'altro però risulta evidente che la sua formulazione normativa assegna al Ministro un potere molto ampio, i cui unici limiti sono rappresentati dalla

16 Sul tentativo di costituzionalizzazione, cfr. S. Gaboriau, *La Repubblica francese sconvolta*, in *Speciale Questione Giustizia*, settembre 2016, pp. 305 ss., e sugli attentati terroristici, cfr. M. Cavino, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (Osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta online*, fasc. III, 14 dicembre 2015, pp. 821 ss. È utile ricordare come il Presidente Macron, appena eletto, abbia sollecitato l'approvazione della legge n° 2017-1510 del 30 ottobre 2017, idonea a fronteggiare il fenomeno terroristico senza ricorrere nuovamente alla proroga dello stato d'urgenza, di cui alla legge n° 55-385.

proporzionalità e adeguatezza delle misure, senza che sia stato previsto alcun termine o tanto meno un intervento del Parlamento¹⁷.

Lo stesso Esecutivo, del resto, è stato consapevole della problematicità di questa norma, dimostrata, ad esempio, dalla possibilità di ricorrere ad un 'semplice' *arrêté* (4 marzo 2020) che ha permesso al Ministro della salute di vietare gli assembramenti, incidendo così in modo significativo sui diritti fondamentali delle persone¹⁸. Non è un caso che per il successivo *Décret* n° 2020-260, 16 marzo 2020, il Primo Ministro ha avvertito la necessità di invocare la clausola giurisprudenziale delle *circonstanze eccezionali* per ancorare lo stesso Decreto ad una più solida base normativa, ritenendo implicitamente insufficiente l'art. L3131-1, pure in esso richiamato.

Il Governo, come evidenziato dal Consiglio di Stato, si è posto l'obiettivo di fornire un "cadre juridique spécifique aux mesures de police administrative nécessaires en cas de catastrophe sanitaire"¹⁹, il che lo ha portato all'adozione della nuova legge n° 2020-290, in cui lo stato di emergenza sanitaria è divenuto una specificazione rispetto a quanto previsto nell'art. L3131-1 C.S.P.²⁰. Infatti, la legge n° 2020-290 introduce il Cap. I *bis*, intitolato per l'appunto "Stato di emergenza sanitaria", all'interno del Cap.

17 Per tali rilievi critici, cfr. J. De Vivo, *Un nuovo "stato d'urgenza" per un'inedita emergenza*, cit., p. 5, e V. Fredianelli, *L'emergenza Covid-19 in Francia e nel Regno Unito: un bilancio comparato*, in R. Tarchi (a cura di), *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato*, in Gruppo di Pisa, Quad. n. 1, 2020, p. 83, il quale ha evidenziato la "incerta base giuridica, in riferimento al rapporto tra le competenze di polizia amministrativa generale proprie del Primo ministro e quelle di polizia amministrativa speciale spettanti invece al Ministro della Salute".

18 È utile richiamare anche l'*arrêté* del 14 marzo 2020 (con la successiva integrazione dell'*arrêté* del 16 marzo 2020) con cui il Ministro della Salute ha stabilito anche limiti alle libertà imprenditoriali, come ad esempio per l'accesso al pubblico nei centri commerciali. Addirittura, P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, cit., prospetta una possibile incostituzionalità dell'art. L3131-1, poiché non disciplina sufficientemente i poteri di polizia sanitaria del Ministro della Salute.

19 Conseil d'Etat, *Avis sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, n. 399873, 18 mars 2020, in <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-deux-projets-de-loi-d-urgence-pour-faire-face-a-l-epidemie-de-covid-19>. Sul punto, cfr. A. Levade, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, in *La semaine juridique*, n. 13, 2020, p. 615.

20 In tal senso, v. S. Renard, *L'État d'urgence sanitaire: droit d'exception et exception au droit*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* (revuedlf.com/droit-administratif/letat-durgence-sanitaire-droit-dexception-et-exceptions-au-droit), chron. n. 13, 2020, p. 1.

I “Minacce per la salute”, Titolo III, Libro I, del C.S.P., stabilendo che lo stato di emergenza sanitaria può essere dichiarato sull’intero o su parte del territorio metropolitano in caso di “disastro sanitario” che metta in pericolo, per la sua natura e gravità, la salute pubblica (art. L3131-12). È evidente che in questo caso il disastro sanitario vuole essere un’ipotesi più grave – riferibile a crisi di maggiore entità anche in termini di numero di persone coinvolte – rispetto all’ipotesi generica, seppure collegata al caso dell’epidemia, della “grave minaccia per la salute che richieda misure di emergenza”, secondo quanto indicato dal diverso art. L3131-1²¹.

Lo stato di emergenza sanitaria deve essere dichiarato con decreto del Consiglio dei ministri, che ne stabilirà anche l’estensione territoriale, e il Governo dovrà informare subito il Parlamento delle misure adottate (art. L3131-13). Dal testo legislativo si ricava la regola generale per cui questo stato d’emergenza può avere la durata di un mese e solo con legge è possibile procedere alla sua proroga, fissandone anche la durata definitiva (art. L3131-14). Va però precisato che la legge n° 2020-290 (art. 4), proprio per la gravità della pandemia da Covid-19, ha da subito stabilito, in deroga alla regola generale, lo stato di emergenza sanitaria “per un periodo di due mesi”, statuendo anche in questo caso la possibilità della proroga legislativa, come poi è effettivamente accaduto con la legge n° 2020-546 dell’11 maggio 2020, che ha protratto lo stato di emergenza sino al 10 luglio.

L’ulteriore fattore di novità introdotto dalla novella legislativa è la previsione delle diverse misure adottabili durante l’emergenza sanitaria. Ai sensi dell’art. L3131-15, il Primo ministro, sempre ai fini della salute pubblica, può con proprio decreto “limitare o vietare la circolazione di persone e veicoli nei luoghi e negli orari stabiliti”, può “vietare alle persone di lasciare le proprie case, salvo spostamenti strettamente indispensabili per esigenze familiari o sanitarie”, può ancora “ordinare misure al fine di mettere in quarantena [...] le persone che potrebbero essere infette” o ordinare misure per la sistemazione e il mantenimento in isolamento delle stesse persone presso il proprio domicilio²². È possibile, inoltre, per il Primo mi-

21 Cfr. P. Cassia, *L’état d’urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, cit.

22 Per una valutazione sulle misure di quarantena e di isolamento, anche se con riferimento alla legge n° 2020-546 di proroga dello stato di emergenza sanitaria, *Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-800 DC*, 11 maggio 2020, su cui cfr. P. Piciacchia, *La via francese alla “normalizzazione” della crisi sanitaria tra elezioni municipali, formazione del nuovo governo, timida ripresa delle riforme e politica europea di rilancio*, in *Nomos*, n. 2, 2020, pp. 17 ss.

nistro, sempre *ex art.* L3131-15, “ordinare la chiusura temporanea di una o più categorie di esercizi aperti al pubblico nonché di luoghi di ritrovo, ad eccezione degli stabilimenti che forniscono beni o servizi essenziali”, così come può limitare o vietare riunioni di qualsiasi tipo, con effetti significativi anche sulla libertà di culto²³, o assumere misure temporanee di controllo dei prezzi per alcuni prodotti e, infine, adottare per decreto, se necessario, ogni altra misura regolamentare che limiti la libertà di impresa al solo scopo di porre fine al disastro sanitario. L'art. L3131-15 conclude precisando che tali misure sono strettamente proporzionate ai rischi per la salute e adeguate alle circostanze, tanto da prescriverne subito la fine quando non saranno più necessarie.

L'elenco di queste misure e la loro tipizzazione rappresentano sicuramente uno degli elementi di maggiore novità introdotto dalla legge n° 2020-290²⁴, poiché accolgono in sede legislativa i contenuti dei provvedimenti adottati in precedenza. L'individuazione attraverso la legge di provvedimenti limitativi di una serie di libertà, come quelle di circolazione, di riunione, di culto e di impresa permette di garantire alle stesse misure un ancoraggio normativo più sicuro sotto il profilo costituzionale, dal momento che l'art. 34 Cost. prescrive che spetta proprio alla legge stabilire “le norme concernenti: i diritti civili e le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle pubbliche libertà”. La legge n° 2020-290, pertanto, andrebbe a soddisfare in modo compiuto la riserva in tema di diritti fondamentali prevista dalla Costituzione²⁵.

Il Ministro della salute può infine adottare gli atti necessari per l'attuazione delle precedenti misure prescritte dal Primo Ministro e, in generale, assumere qualsiasi provvedimento normativo relativo all'organizzazione e al funzionamento del sistema sanitario (art. L3131-16). Tutti questi provvedimenti – sempre strettamente necessari e proporzionati ai rischi per la salute – possono essere impugnati in sede di giustizia amministrativa (art.

23 Sulle limitazioni a tale tipo di libertà, cfr. F. Marconi, *Crisi Covid-19 e limitazione della libertà di movimento, del diritto di riunione e di manifestazione in Francia, Spagna e Germania*, cit., pp. 20 ss., il quale richiama “il giudice dei *référés* del *Conseil d'Etat* [che] con una serie di *ordonnances* ha ordinato al Governo di revocare il divieto generale e assoluto di riunione nei luoghi di culto”.

24 Secondo V. Sizaire, *Un colosse aux pieds d'argile*, cit., p. 6, le misure di cui all'art. L3131-15 “apparaissent suffisamment définies pour prévenir le risque d'arbitraire”. C. Sartoretti, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., p. 1645, precisa che i precedenti ordini e decreti sono stati abrogati.

25 Sull'art. 34 Cost., cfr. A. Di Giovine, *La Francia*, in Idem, A. Algotino, F. Longo, A. Mastromarino (a cura di), *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze 2017, pp. 329 s.

L3131-18) e ciò rappresenta in questo contesto il rimedio principale di tutela per i cittadini di fronte ad una così forte limitazione dei diritti fondamentali.

4. *La pluralità di discipline emergenziali nell'ordinamento francese e il nuovo stato di emergenza sanitaria: qualche breve riflessione*

Dalla situazione francese, seppure esposta in modo sintetico, emerge un quadro normativo complesso, in cui si intrecciano discipline emergenziali sia di livello costituzionale, sia di tipo legislativo, cui ora si è aggiunta, a seguito della pandemia da Covid-19, la previsione del nuovo stato di emergenza sanitaria. È evidente che le Autorità francesi, con riguardo al livello legislativo, non hanno ritenuto adeguata all'attuale pandemia la disciplina già prevista della legge n° 55-385.

In realtà, quest'ultima in più punti è stata presa a riferimento dal legislatore del 2020, a partire da una delle fattispecie di base che la stessa legge del 1955 disciplina, cioè il verificarsi di eventi che, per natura e gravità, presentano il carattere di calamità pubblica, il che avrebbe consentito, sempre alla legge 55-385, una tendenziale capienza interpretativa in grado di accogliere gli effetti dell'attuale pandemia²⁶. Ciò nonostante, il Parlamento francese – con l'avallo anche del Consiglio di Stato²⁷ – ha inteso dare vita ad una nuova ipotesi di disciplina emergenziale, più efficace sotto l'aspetto delle misure da adottare contro il Covid, in quanto nella legge del 1955 “il Ministro degli interni può sì decretare una misura sostanzialmente analoga agli arresti domiciliari, ma [solo] nei confronti di *singoli individui*”, mentre “con la legge del 2020 [...] il Primo ministro può vietare ogni spostamento al di fuori della propria abitazione per *l'intera popolazione*”²⁸. Naturalmente, questo potere del capo del Governo va valutato non solo alla luce della tempestività delle risposte alle esigenze emergenziali, ma anche nella pro-

26 Gli altri profili di comparazione tra le due leggi riguardano l'organo che decreta lo stato d'emergenza, cioè il Consiglio dei ministri, o l'estensione territoriale della decisione, valevole su parte o sull'intero territorio nazionale, o ancora l'intervento del Parlamento previsto solo per la proroga del provvedimento emergenziale, su tutti cfr. M.F. De Tullio, *Il mito dell'emergenza e le garanzie costituzionali. Insegnamenti dall'esperienza francese*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2020, p. 296.

27 Conseil d'Etat, *Avis sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, n. 399873, 18 mars 2020.

28 Così si esprimono, in modo condivisibile, A. Deffenu, F. Laffaille, *Stato di emergenza sanitaria e Covid-19*, cit., p. 198.

spettiva del ruolo proprio dell'Esecutivo all'interno della forma di governo della V Repubblica francese.

È altrettanto vero, però, che la legge n° 2020-290 ha violato un principio generale per cui durante il verificarsi di uno stato di necessità non è opportuno adottare una nuova disciplina emergenziale, poiché non vi sono – come dimostra la “procédure accélérée”²⁹ per l'approvazione di questa legge – le condizioni di ponderatezza, serenità ed equilibrio indispensabili per promuovere una nuova regolamentazione dell'emergenza. Pertanto, se da un lato, il rilievo ora esposto circa la possibilità offerta dalla nuova legge del 2020 di prendere provvedimenti valevoli per l'intera popolazione è sicuramente fondato, così come lo è l'ancoraggio normativo offerto da questa legge per gli stessi provvedimenti già adottati prima della sua entrata in vigore, dall'altro però non può essere omessa la considerazione per cui sarebbero potute anche bastare nuove disposizioni integrative della legge del 1955 per fronteggiarne le lacune. Di conseguenza, la legge n° 2020-290 è divenuta per il Governo la soluzione politica idonea per “dare buona prova di sé” ad un'opinione pubblica fortemente preoccupata dal Covid-19³⁰.

L'argomentazione sulla natura contingente di questa soluzione legislativa sembra essere confermata dal fatto che la stessa legge n° 2020-290 è stata immaginata prevalentemente in funzione del Covid-19. Difatti, questa normativa integra il Codice della sanità pubblica (C.S.P.) nell'ambito del Libro I rubricato come “Lotta contro le *malattie transmissibili* (corsivo nostro)”, così che diventa difficile immaginare l'applicazione dello ‘stato di emergenza sanitaria’ in relazione a crisi diverse da quelle epidemiche. Il carattere prevalentemente accidentale di questa legge è ancora di più avvalorato dal suo art. 7, laddove è previsto che “il capo I bis del titolo III del libro I della parte terza del codice della sanità pubblica [relativo per l'appunto allo stato di emergenza sanitaria] è applicabile sino al 1 aprile 2021”³¹. Questo limite temporale per la vigenza del nuovo stato di emer-

29 Ciò è bene evidenziato da P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, cit.

30 Per questa tesi cfr., pure, C. Sartoretti, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., p. 1663; del resto, secondo A. Levade, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, cit., p. 615, “voter une loi sur l'état d'urgence sanitaire et, plus encore, profiter de ladite loi pour le déclarer dans la situation de catastrophe sanitaire présente pour 2 mois, était le moyen, sans doute inconscient, pour le Gouvernement de montrer que sa réaction était à la hauteur de la gravité du moment”.

31 Su questi profili cfr. nuovamente P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?*, cit., e A. Levade, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, cit., p. 615. Tuttavia, sul pericolo

genza sembra allora confermare che la legge n° 2020-290 si iscrive in una logica politica legata alla circostanza del momento, piuttosto che nella prospettiva di una soluzione di sistema nell'ambito della disciplina emergenziale. In breve, la legge in oggetto provverebbe l'inopportunità di soluzioni normative dettate dall'esigenza contingente, in quanto l'emergenza difficilmente suggerisce, proprio per la sua natura, opzioni legislative durature e organiche al quadro normativo preesistente.

A tutto ciò si aggiunge l'ulteriore rilievo per cui ancora una volta le Autorità francesi non hanno fatto ricorso alla disciplina di cui all'art. 16 Cost. L'indirizzo politico per una nuova soluzione normativa è stato pressoché immediato, a dimostrazione del noto scetticismo verso questa disciplina emergenziale di rango costituzionale, in cui sono previsti ampi poteri del Presidente della Repubblica non sempre ben bilanciati³². Ciò significa che nel sistema francese da un lato si registra la presenza in Costituzione di una clausola generale in tema di emergenza, come l'art. 16, cui non si è mai fatto ricorso nella storia della V Repubblica, se non nelle note vicende algerine di inizi anni '60, e dall'altro si constata una pluralità – prodottasi nel tempo – di discipline legislative che si adattano a fattispecie differenti, come la legge n° 55-385 in riferimento alle emergenze di ordine pubblico, l'art. L3131-1 C.S.P. con riguardo alle emergenze epidemiche e l'art. L3131-12 C.S.P. (*ex lege* n° 2020-290) che sancisce il più pervasivo stato di emergenza sanitaria.

Tutto ciò determina un quadro normativo non ben coordinato tra la disciplina costituzionale e quella legislativa, fuori cioè dal possibile schema per cui la Costituzione fissa la clausola generale e la legge ordinaria ne stabilisce l'attuazione, sul modello di altri ordinamenti di Paesi europei. Allo stesso tempo, si è verificata la sussistenza di una stratificazione in tema di emergenza di leggi ordinarie prive – anche tra di loro – di un coordinamento sistematico. Alcune di esse, come la legge n° 2020-290, sono nate proprio sotto l'impulso della concitazione della crisi sanitaria, il che non ha favorito la creazione di un corpo organico di norme in materia emergenziale, a favore invece di una soluzione di politica normativa di corto respiro, tesa prevalentemente a assicurare in questa fase la popolazione circa una risposta adeguata alla crisi da parte del Governo.

della “propension du Parlement à accepter de conserver dans le droit commun des mesures inaugurées dans le cadre de législations de circonstance”, v. P. Spinosi, *L'état d'urgence permanent*, in *La semaine juridique*, n. 26, 2020, p. 1181.

32 Cfr., *ex multis*, M. Duverger, *La nozione di regime «semi-presidenziale» e l'esperienza francese*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1983, pp. 265 s. Sulla scelta della Francia di non applicare l'art. 16 Cost., cfr. A. Vedaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, cit., pp. 1464 s.

Relativamente al tema dei diritti fondamentali, poi, la Francia si è mossa nella direzione – come ha confermato il *Conseil constitutionnel* – del bilanciamento tra diritti contrapposti³³, a seguito del quale si registra, in relazione alla pandemia da Covid-19, una prevalenza del diritto alla salute – che veicola anche il diritto alla vita – rispetto alle altre libertà fondamentali³⁴. Tuttavia, com'è stato giustamente osservato, in sede di bilanciamento si è comunque individuato da parte del legislatore transalpino “un nocciolo duro” che funge da limite alla restrizione delle libertà nelle relazioni interpersonali. È quanto emerge dall'art. L3131-15, quando stabilisce ad esempio il divieto a carico delle persone di lasciare le proprie abitazioni, “salvo spostamenti strettamente indispensabili per esigenze familiari o sanitarie”, con un richiamo pertanto ai “besoins [bisogni] essentiels à la vie de la population”³⁵.

Tra le libertà comprese al fine di limitare la circolazione del virus vi è da richiamare pure la libertà d'impresa. Proprio a tal riguardo, l'art. 11, legge n° 2020-290, ai sensi dell'art. 38 Cost., consente al Governo – anche nel campo delle misure normalmente riservate alla legge – di adottare ordinanze che permettano “di affrontare le conseguenze economiche, finanziarie e sociali della diffusione dell'epidemia di Covid-19”. Ciò significa la possibilità per l'Esecutivo di ricorrere con ordinanze a “un grand nombre de mesures dérogatoires à l'ensemble du droit économique”³⁶, tant'è vero

33 Infatti, secondo il *Conseil constitutionnel*, *Décision* n° 2020-800 DC, 11 maggio 2020, nell'ambito di un regime di emergenza sanitaria è compito del legislatore garantire una “conciliation équilibrée” tra la tutela della salute e le altre libertà. Con riguardo alla legge n° 2020-856 di uscita dallo stato di emergenza, sempre il *Conseil constitutionnel*, *Décision* n° 2020-803 DC, 9 luglio 2020, conferma che la tutela della salute è “un objectif de valeur constitutionnelle”, tant'è vero che “aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation ‘garantit à tous [...] la protection de la santé’”.

34 Cfr. C. Sartoretti, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., p. 1668.

35 V., anche con riguardo al concetto di “nocciolo duro”, M Charité, *Les “Besoins essentiels à la vie”: une notion fonctionnelle au coeur de la lutte contre la pandémie du coronavirus*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* (revuedlf.com/droit-administratif/les-besoins-essentiels-a-la-vie-une-notion-fonctionnelle-au-coeur-de-la-luttecontre-la-pandemie-du-coronavirus/), chron. n. 23, 2020, pp. 1 s. Ancora l'art. L3131-15 prevede, come già richiamato nel testo, l'eccezione alla chiusura degli esercizi commerciali per quelli che “forniscono beni o servizi essenziali”.

36 Cfr. A. Sée, *Les libertés économiques en période de crise sanitaire: un premier état des lieux*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux* (revuedlf.com/droit-administratif/les-libertes-economiques-en-période-de-crise-sanitaire-un-premier-etat-deslieux/), chron. n. 21, 2020, p. 1.

che l'ampiezza di poteri a favore del Governo è stata configurata come una possibile delega in bianco³⁷, il che evidenzia la sussistenza in questo contesto di un'emergenza economica che si affianca a quella sanitaria.

Proprio la persistenza ancora ora del pericolo di contagio dal virus pone problematicamente il tema del rapporto tra i diritti e le loro limitazioni, per cui la tutela dei primi ha sempre rappresentato in sede costituzionale il principio cui uniformarsi, mentre le restrizioni ne sono la tendenziale eccezione. Ebbene, di fronte al protrarsi del rischio contagio il timore è che tale rapporto si inverta, nel senso di un'essenzialità che non sia più parametrata in funzione dei limiti, bensì dei diritti. In breve, il serio pericolo è che si riesca a garantire la tutela delle libertà solo per quanto è indispensabile a soddisfare i bisogni essenziali di vita, così che le restrizioni ai diritti corrono il rischio di espandersi, divenendo il principio piuttosto che l'eccezione³⁸. La conquista del vaccino, dunque, non rappresenterebbe solo il rimedio per salvare tante vite umane, ma anche l'antidoto in questo quadro per tutelare talune delle categorie fondamentali del costituzionalismo democratico anch'esse minacciate dal Covid-19.

37 Così V. Fredianelli, *L'emergenza Covid-19 in Francia e nel Regno Unito*, cit., pp. 85 s.

38 Sul punto, cfr. M. Charité, *Les "Besoins essentiels à la vie": une notion fonctionnelle au coeur de la lutte contre la pandémie du coronavirus*, cit., p. 3.

ROLAND DODANI

LA REGOLAMENTAZIONE GIURIDICA DELLA CRISI SANITARIA E LA FRAGILITÀ DELLO STATO DI DIRITTO IN ALBANIA

1. *La crisi sanitaria causata da Covid-19*

Anche l'Albania, come il resto del continente europeo e del mondo, è stata colpita dalla crisi sanitaria causata dalla diffusione del virus Covid-19. Sicuramente il problema maggiore che doveva essere trattato non riguardava i contatti con la Cina, come paese originario del Covid-19, ma con i paesi europei e soprattutto con l'Italia¹, che è stato il primo a subire le conseguenze devastanti della diffusione del virus. In linea con le misure adottate da altri paesi, anche l'Albania è intervenuta da subito per fermare la diffusione del Covid-19, seguendo soprattutto le linee guida dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS). La crisi, oltre a mettere a dura prova le capacità sanitarie, è stata e continua ad essere un test per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali garantiti a livello costituzionale.

La sfida che si pone davanti agli stati è di enorme importanza, sicuramente dopo la Seconda guerra mondiale² è la prima volta che contemporaneamente si deve decidere su una molteplicità di diritti fondamentali. L'operato dei governi non viene giudicato solamente in base alle azioni prese ma anche per quelle non prese. Come risulta da fonti dell'OMS l'Albania non occupa una posizione alta nella classifica degli stati per gli standard della sanità, soprattutto quella pubblica aggravando la problematica della gestione della crisi, ma anche forse giustificando l'intervento del Governo nella limitazione dei diritti in modo sproporzionata al numero dei casi positivi al Covid-19³. A differenza di altri stati europei l'Albania ha una Costi-

1 Urdhër nr.134, datë 8.3.2020 Për vetë karantinimin e personave që hyjnë në territorin e Shqipërisë nga zona e izoluar në Itali.

2 L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 5 maggio 2020.

3 Facendo riferimento ai dati riportati dal sito web della OMS dall'inizio della pandemia, in Albania erano presenti pochi casi positivi di Covid-19. Questo sicuramente anche riferito al numero basso di test al giorno, al numero al numero

tuzione recente (1998), a livello formale la Costituzione è molto articolata regolando specificamente e interamente l'operato delle istituzioni pubbliche per il caso che stiamo cercando di analizzare. Il primo atto formale nella gestione della crisi sanitaria è stato l'ordinanza del Ministro della Salute del 08.03.2020 n.134 imponendo l'autoisolamento di quattordici-giorni per le persone provenienti dalle zone messe in isolamento dalle autorità italiane. Dopo di che, si è verificato una proliferazione di atti in materia, che continua anche in questo momento, spesso creando confusione per la popolazione per quanto riguarda la normativa vigente. Il Governo albanese non ha esitato a prendere da subito una posizione di chiusura totale delle attività e di una forte limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti dalla Costituzione e dalla CEDU. Un altro elemento che aggrava la problematica del rispetto dei diritti fondamentali è connesso allo stato della democrazia in Albania (il parlamento sostanzialmente monopartitico, l'assenza di una Corte costituzionale funzionante, autorità locali monopartitiche) che ha avuto un effetto anche nella gestione della crisi causata dal Covid-19.

2. La normativa che disciplina la gestione della crisi causata Covid-19

Sono due gli scenari possibili per affrontare una crisi sanitaria infettiva in Albania. Il primo scenario che può essere messo in atto è la gestione della crisi secondo la legge n. 15/2016⁴ che mette al centro della gestione della crisi sanitaria il Ministero della Salute senza la necessità che il Consiglio dei Ministri intervenga con atti normativi e senza avere la necessità di coinvolgere il Parlamento. Infatti, all'inizio della pandemia è stato usato proprio questo scenario quando il Ministero della Salute ha emanato l'ordinanza del 26.2.2020 n. 123⁵, inserendo Covid-19 nella lista delle malattie infettive che dovevano essere trattate secondo i protocolli previsti dalla legge 15/2016. Segue l'ordinanza n. 134 del 08.03.2020 che imponeva l'autoisolamento di quattordici giorni per le persone provenienti dalle

dei morti da Covid-19 non giustifica le misure drastiche che sono state prese, misure che in alcuni casi sono più rigorose che quelle prese per far fronte alla crisi in Italia. Vedi: <https://covid19.who.int/region/euro/country/al>

4 Ligj Nr. 15/2016 Pwr Parandalimin dhe Luftimin e Infeksioneve dhe Swmundjeve Infektive.

5 Urdhër nr. 123, datë 26.2.2020 Për një shtesë në urdhrin nr. 632, datë 29.8.2018, "Për miratimin e listës së sëmundjeve infektive, të detyrueshme për t'u raportuar nga institucionet shëndetësore, publike ose private të të gjitha niveleve në Republikën e Shqipërisë.

zone rosse in Italia, l'ordinanza del 08.03.2020 n. 131 *“per il blocco delle esportazione dei medicinali e degli strumenti medici”*⁶, prosegue l'ordinanza n. 135, del 9.3.2020 *“per la chiusura delle istituzioni d'istruzione pubbliche e privata”*⁷, l'ordinanza del 09.03.2020 n. 147, *“per la sospensione degli interventi chirurgici in alcune strutture pubbliche”*⁸, l'ordinanza del 10.03.2020 n. 156 *“per alcune misure necessarie per combattere la diffusione del virus Covid-19”*, l'ordinanza del 12.3.2020 n. 164 *“per la chiusura delle attività di ristorazione, bar, hotel etc.”*⁹. Questi sono gli interventi principali che sono stati messi in atto dal Ministero della Salute senza ricorrere alla dichiarazione dello stato di calamità naturale.

La normativa prevista dalla legge 15/2016 è molto dettagliata permettendo a mio avviso una gestione efficace dell'epidemia Covid-19 dal punto di vista formale. La legge n. 15/2016 attribuisce competenze importanti al Ministero della Salute per contrastare la pandemia come: l'isolamento e quarantena, depistaggio, trattamenti obbligatori con medicinali, la limitazione della libera circolazione tra stati e all'interno del territorio nazionale, la chiusura delle scuole, la chiusura di istituzioni pubbliche e private, divieto di assembramenti, etc. Altre misure non previste da questa legge possono essere approvate dal Consiglio dei Ministri tramite proposta del Ministro della Salute¹⁰.

Fino al coinvolgimento del Consiglio dei Ministri e del Parlamento siamo in una gestione che si può definire tecnica della crisi. Il coinvolgimento del Governo e del Parlamento lo fa diventare sempre più politica e di conseguenza anche il controllo sulle decisioni prese dovrebbe essere più attento. Vedremo in seguito se ci sono state le premesse per un coinvolgimento del Consiglio dei Ministri in Albania. Sicuramente, la situazione non era minimamente paragonabile a quello che si stava sviluppando in Italia e negli altri paesi dove il numero dei contagiati e dei morti era elevato. Inizialmente in Albania erano presenti pochi casi positivi di Covid-19. La gravità della crisi in altri paesi ha spinto il Governo di attuare misure preventive.

6 Urdhër nr.131, datë 8.3.2020 Për ndalimin e eksportit të barnave dhe të pajisjeve mjekësore.

7 Urdhër nr.135, datë 9.3.2020 Për mbylljen e institucioneve arsimore për parandalimin e përhapjes së Covid-19.

8 Urdhër nr. 147, datë 9.3.2020 Për nderprerjen e ndërhyrjeve kirurgjikale të planifikuara në Qendrën Spitalore Universitare “Nënë Tereza” dhe Spitalin Universitar “Shefqet Ndroqi”.

9 Urdhër i ministrit të Shëndetësisë dhe Mbrojtjes Sociale nr.164, datë 12.3.2020 Për mbylljen e bareve, restoranteve, lokaleve, fast food dhe kufizimin e shërbimeve që ofrohen nga strukturat akomoduese që ofrojnë shërbim për klientët.

10 Articolo 7 quinto comma legge Nr. 15/2016.

Il secondo scenario della gestione della crisi Covid-19 può essere eseguito tramite l'uso da parte del Governo delle competenze previste negli artt. 170 e 101 Cost., la competenza del Consiglio dei Ministri di dichiarare lo stato di emergenza naturale e quindi di emanare misure straordinarie e la competenza di emanare atti normativi (akte normative) con forza di legge. Gli elementi che devono soddisfare questi atti sono, la necessità e l'urgenza, comunque sono atti provvisori, devono essere notificati immediatamente al Parlamento per la conversione in legge, il quale si riunisce entro cinque giorni. Gli atti normativi aventi forza di legge perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro quarantacinque giorni dalla loro pubblicazione. Come ho già menzionato, il controllo del Parlamento era meramente una competenza formale, data la sua composizione.

L'atto normativo del 11.03.2020 n.2 è il primo a essere approvato introducendo una modifica della legge 15/2016, aggiungendo l'auto-quarantena tra le misure specifiche per la prevenzione della diffusione dell'infezione e un aumento consistente delle sanzioni economiche in caso di violazione della legge, tutte le multe date durante lo stato della calamità naturale saranno successivamente annullate¹¹. Un altro elemento a mio avviso importante è il coinvolgimento della polizia e dell'esercito nella gestione della crisi sanitaria art. 2 atto normativo n.2. Il coinvolgimento delle forze dell'ordine non era previsto in nessun momento dalla legge 15/2016, ricordo che fino a questo momento siamo in una gestione della crisi sotto l'ottica della legge 15/2016, quindi senza ricorrere ai poteri speciali previsti per lo stato della calamità naturale. Con l'atto normativo del 15.03.2020 n.3 il Governo interviene su altri elementi importanti della gestione della crisi, come l'organizzazione delle attività della pubblica amministrazione, delle strutture sanitarie pubbliche e private, la gestione delle persone provenienti da altri stati, con l'obiettivo di definire meglio e aumentare l'applicabilità delle ordinanze delle autorità sanitarie e di tutte le previsioni normative che riguardano la gestione della crisi.

Con gli atti sopra evidenziati il Governo si prepara ad aumentare ulteriormente l'intervento nella gestione della crisi. Ricordo che questi atti normativi andavano ad influenzare un importante numero di diritti costituzionali. Con la decisione del Consiglio dei Ministri (Vendimi i Keshillit te Ministrave) del 24.03.2020 n. 243 *“Per la dichiarazione dello stato di calamità naturale”* si entra in una nuova fase della gestione della crisi. Il primo

11 Akt normativ i Këshillit të Ministrave nr. 16, datë 17.4.2020 Për faljen e masave administrative me karakter ndëshkues të vendosura gjatë periudhës së infeksionit të shkaktuar nga Covid-19.

riferimento va fatto all'art. 170 primo comma¹² Cost. che prevede l'introduzione delle misure straordinarie nel caso della dichiarazione di calamità naturale. Nell'art. 174¹³ Cost. è previsto che il Consiglio dei Ministri possa decidere per un periodo non più lungo di trenta giorni lo stato di calamità naturale, che può essere prolungato soltanto con il parere positivo del Parlamento. La Costituzione albanese è molto dettagliata per quanto riguarda i diritti che possono essere limitati quando si dichiara lo stato di calamità naturale. Infatti, proprio nell'art. 175 secondo comma sono previste in maniera molto specifica gli articoli che possono essere soggetti a limitazioni. Un altro elemento importante è il terzo comma che sancisce l'obbligo di enumerare specificamente nell'atto le libertà e i diritti costituzionali che vengono limitati¹⁴.

Nella decisione del Consiglio dei Ministri n. 243 secondo comma, vengono specificate quali sono le libertà e i diritti che vengono sospesi (articolo 37, 38, 41 comma 4, 49, 51). Con la dichiarazione dello stato di calamità naturale il Governo può applicare anche la legge 45/2019 "*Per la protezione civile*" aumentando ulteriormente gli strumenti e le risorse a disposizione dell'esecutivo per la gestione della crisi sanitaria causati da Covid-19. La legge 45/2019 art. 19 prevede la formazione del Comitato Interministeriale per le Emergenze Civili (KNEC) che viene costituito dal Consiglio dei ministri quando si dichiara lo stato di calamità naturale. Con la decisione del Consiglio dei Ministri n. 243 terzo comma viene costituito il KNEC che è l'organo più alto per la gestione della crisi, per il coordinamento e l'operato delle istituzioni pubbliche e private, delle risorse finanziarie e materiali per far fronte alla crisi sanitaria. Può essere presieduto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, Vice-Presidente del Consiglio dei Ministri o da uno dei ministri. Le competenze di questo comitato sono enumerate nell'art. 19 quinto comma della legge 45/2019¹⁵.

12 Articolo 170: "*I provvedimenti d'emergenza si applicano nei casi di stato di guerra, di stato di emergenza o di calamità naturale e durano finché continua tale situazione*".

13 Articolo 174: 1. *Per prevenire o evitare le conseguenze di una calamità naturale o di un incidente tecnologico, il Consiglio dei Ministri può decidere, per un periodo non superiore a trenta giorni, lo stato di calamità naturale su una parte o su tutto il territorio dello Stato.* 2. *La proroga dello stato della calamità naturale è ammessa solo previo consenso dell'Assemblea.*

14 Articolo 175 terzo comma "*Gli atti che dichiarano lo stato di guerra, lo stato di emergenza oppure la calamità naturale, devono specificare i diritti e le libertà che vengono limitati secondo i commi 1,2 dell'articolo presente*".

15 Articolo 19 comma 5 legge 45/2019, Il Comitato Interministeriale per le Emergenze Civili svolge i seguenti compiti:

Un altro elemento importante nella regolamentazione della crisi sanitaria causata da Covid-19 sono le previsioni del codice penale. Gli articoli 130/a c.p., 242/a c.p., 89/b c.p., introdotti dopo la dichiarazione dello stato di calamità naturale, sanciscono condanne penali importanti per i soggetti che violano la quarantena o le ordinanze delle autorità competenti. Per quanto riguarda le condanne penali c'è stato un forte dibattito in Albania soprattutto da parte della società civile e dell'opposizione non parlamentare¹⁶ per il modo in cui è stato cambiato il Codice penale. Il Parlamento in pochi giorni dalla dichiarazione dello stato di calamità naturale che sancisce l'entrata in una fase di stato di emergenza, ha intrapreso, sotto una forte spinta del Governo, un'iniziativa per inasprire le condanne penali¹⁷. Il Governo considerava l'inasprimento delle condanne (art. 89/b c.p. da tre a otto anni di reclusione) come strumento importante nel combattere la diffusione del Covid-19. Non mi risulta che altri paesi europei abbiano insistito su questo punto perché viene visto come un elemento non rilevante nel combattere la diffusione del virus. Le modifiche riguardano art. 130/a c.p. *“la violenza domestica”*, art. 242/a c.p. *“l'inosservanza delle misure imposte dall'autorità pubblica durante lo stato di emergenza o durante lo stato di un'epidemia”*, art. 89/b c.p. *“la diffusione delle malattie infettive”*.

Per quanto riguarda l'impatto della forma di stato, e come questa ha influenzato la gestione della crisi sanitaria, lo scenario in questo caso è molto chiaro. L'Albania è uno stato fortemente centralizzato¹⁸, il Governo centrale ha gestito e continua a gestire la crisi causata da Covid-19 senza coinvolgere minimamente le autorità locali. L'unica volta che le autorità locali sono state coinvolte è stato durante il *lockdown* quando è stato deciso sempre dal Governo centrale¹⁹ di fornire presso le loro abitazioni le provviste alimentari

-
- a) coordina l'intera attività delle istituzioni e delle strutture di protezione civile;
 - b) determina le modalità e le procedure per l'utilizzo delle risorse materiali e finanziarie;
 - c) decide sulla distribuzione dei fondi per il recupero da calamità naturali;
 - d) nomina il direttore centrale delle operazioni per la gestione delle calamità naturali;
 - e) d) svolge altri compiti derivanti dalla presente legge e compiti speciali assegnati dal Consiglio dei Ministri per far fronte alla calamità;

16 L. Bianku, *Albania – Some Exceptional Extraordinary Measures*, in <https://verfassungsblog.de/albania-some-exceptional-extraordinary-measures/>, 17 may 2020.

17 Ligj nr. 35/2020 datë 16.4.2020 Për disa shtesa dhe ndryshime në ligjin nr. 7895, datë 27.1.1995, “Kodi Penal i Republikës së Shqipërisë”, të ndryshuar.

18 LIGJ Nr. 139/2015 PËR VETËQEVERISJEN VENDORE, articoli 21-33.

19 Vendim i Këshillit të Ministrave nr.236, datë 19.3.2020 Për marrjen e masave për ofrimin e asistencës në banesë ndaj shtresave në nevojë, në kushtet e epidemisë së shkaktuar nga Covid-19

e i beni di prima necessità alle persone bisognose. La gestione centralizzata della crisi sanitaria a mio avviso è un elemento che va a favore della gestione della crisi, perché evita la frammentazione della gestione della crisi, tenendo in considerazione anche le dimensioni territoriali.

3. *I diritti costituzionali limitati dalla pandemia*

La crisi sanitaria causata dalla diffusione del coronavirus in Albania ha aggravato ulteriormente una problematica che oramai dura da anni, che riguarda l'impossibilità della Corte costituzionale di prendere decisioni per il mancato raggiungimento del quorum. Ricordo che con l'approvazione della riforma costituzionale del 2016 tutti i magistrati compresi i giudici della Corte costituzionale dovevano sottoporsi al processo del "*veting*"²⁰, soltanto un giudice della Corte costituzionale è riuscito a passare il "*veting*". Oltre alla mancanza della giustizia costituzionale, dal 2018 l'opposizione ha abbandonato il Parlamento permettendo alla maggioranza attuale di raggiungere maggioranze qualificate che gli consentono di cambiare anche la Costituzione. Dico questo per chiarire fin dall'inizio che il rispetto o meno dei diritti costituzionali da parte dell'esecutivo e del Parlamento è "quasi" a discrezione di quest'ultimi.

Come ho già evidenziato, le previsioni della Costituzione albanese sono molto chiare ed esaustive nel delineare le competenze dell'esecutivo nella gestione dell'emergenza sanitaria causata da Covid-19. Il problema riguarda il mancato controllo di questi atti da parte sia della Corte costituzionale ma anche del Parlamento²¹ a livello sostanziale. Il primo atto dell'esecutivo che va analizzato è la dichiarazione dello stato di calamità naturale che dà la possibilità al Governo di limitare alcuni diritti costituzionali. L'art. 170, primo comma, Cost. sancisce che "*Le misure straordinarie possono essere stabilite in caso di 'calamità' naturale e hanno efficacia per quanto tempo continuino tali situazioni*" consentendo alle autorità pubbliche anche nel caso di calamità naturale di emanare misure straordinarie. L'obiettivo però non è di argomentare il diritto o meno di emanare misure straordinarie in casi di calamità naturale, ma di quanto le misure rispettano le altre pre-

20 L'articolo 179/b Cost. introdotto con legge costituzionale nr. 76/2016 del 22.7.2016.

21 Il Parlamento dopo l'abbandono dell'opposizione e quasi monopartitico, questo si è provato in molti casi quando il Governo è stato in grado di raggiungere maggioranze di 2/3 e 3/5. L'approvazione di nuovi articoli Codice penale.

visioni costituzionali come il secondo²² e il terzo²³ comma dell'art. 170, i quali sanciscono che i principi delle attività degli organi pubblici e il grado della limitazione dei diritti e delle libertà devono essere determinate dalla legge. Continuando con l'analisi dell'articolo 170 quarto comma²⁴ il quale sancisce due elementi fondamentali a mio avviso che devono contraddistinguere gli atti dell'esecutivo, che sono la *proporzionalità* e la *temporaneità*, gli atti dell'esecutivo devono essere proporzionali al grado del rischio che si ricorre e hanno efficacia soltanto per quanto perdurano le condizioni di emergenza. Per quanto riguarda la temporaneità delle restrizioni, lo stato di calamità naturale in Albania è stato prolungato fino al 23.06.2020 (60 giorni) con la decisione del Consiglio dei ministri del 18.04.2020 n. 312²⁵ approvato dal Parlamento, rispettando la temporaneità delle restrizioni. Anche le ordinanze delle altre istituzioni generalmente hanno rispettato il criterio della temporaneità, anche se non mancano ordinanze del Ministero della Salute che impongono una restrizione senza precisare la durata.

All'inizio della pandemia il numero delle persone positive al Covid-19 in Albania era bassissimo, soprattutto se comparato con altri paesi che hanno intrapreso misure straordinarie. Ormai è un fatto che il numero delle persone positive al Covid-19 è stato e continua ad essere l'elemento principale nella gestione della crisi. Se ci riferiamo all'art. 170 quarto comma "*in proporzione al grado del rischio*" non si può sostenere che la dichiarazione dello stato di calamità naturale e le misure straordinarie prese dal Governo sono in linea con quanto previsto dalla Costituzione. Bisogna però prendere in esame anche altri due elementi per potere sostenere definitivamente che non è stato rispettato il quarto comma. Il primo è il numero bassissimo dei test (causa delle risorse finanziari limitate) fatti al giorno per verificare la positività al Covid-19, secondo, le capacità²⁶ dell'infrastruttura sanitaria

22 Articolo 170 2 comma "*i principi dell'attività degli organi pubblici e il grado di limitazione delle libertà e dei diritti dell'uomo durante l'esistenza di tali situazioni che richiedono le misure straordinarie, sono determinate dalla legge*".

23 Articolo 170, 3 comma "*la legge deve determinare i principi, le materie e i modi di compensazione delle perdite che derivano come risultato di limitazioni delle libertà e dei diritti durante l'adozione delle misure straordinarie*".

24 Articolo 170, 4 comma, "*gli atti adottati come conseguenza di tali misure straordinarie, devono essere in proporzione al grado del rischio e devono avere come scopo il ristabilimento il prima possibile delle condizioni per il funzionamento normale dello Stato*".

25 Vendim i Këshillit të Ministrave nr.312, datë 18.4.2020 Për propozimin Kuvendit të Republikës së Shqipërisë për dhënien e pëlqimit për zgjatjen e gjendjes së fatkeqësisë natyrore, të shpallur me vendimin nr.243, datë 24.3.2020, të Këshillit të Ministrave.

26 <https://www.ghsindex.org/country/albania/>

albanese non sono tali da permettere di affrontare grandi numeri di ricoverati²⁷ aggiungendo altre incognite esistenti all'inizio della pandemia (il grado della diffusione, la mortalità). Questi elementi insieme, a mio giudizio, aumentano il rischio in maniera sproporzionata per la salute e la sicurezza pubblica, giustificando le misure straordinarie anche sotto l'ottica del quarto comma. Nella decisione del 24.03.2020 n. 243 si enumerano gli articoli che vengono limitati, rispettando anche un obbligo costituzionale imposto dall'art. 175 secondo comma "...gli atti per la dichiarazione dello stato di calamità naturale devono specificare i diritti e le libertà che limitano...", si limitano tutti i diritti sanciti negli articoli 37²⁸ (l'inviolabilità del domicilio), 38²⁹ (la libertà di circolazione), 41 quarto comma³⁰ (l'espropriazione), 49³¹ (diritto al lavoro) e 51³² (il diritto di sciopero).

Tutte queste limitazioni si devono applicare tenendo in considerazione l'art. 17 Cost. che impone che la limitazione dei diritti e delle libertà possono essere stabilite soltanto con legge e in vista di un interesse pubblico o dei terzi, soprattutto la seconda parte del primo comma "*la limitazione deve essere 'proporzionale' alla situazione che lo ha causato*". La Costituzione albanese (artt. 17 e 170) impone la proporzionalità come elemento fondamentale per l'analisi delle limitazioni messe in atto dall'esecutivo³³. Analizzando gli atti emanati per la gestione della crisi sanitaria possiamo concludere che oltre agli articoli menzionati dall'art. 175 secondo comma,

27 All'inizio della pandemia erano a disposizione soltanto 120 letti in terapia intensiva.

28 Articolo 37: 1. L'inviolabilità del domicilio è garantita. 2. Le perquisizioni del domicilio, così come dei luoghi simili, possono essere effettuate solo nei casi e con i modi previsti dalla legge. 3. Nessuno può subire una perquisizione personale che sia fuori del processo penale, salvo i casi di ingresso nel territorio dello Stato, e dell'uscita da esso o per evitare un pericolo per la sicurezza pubblica.

29 Articolo 38: 1. Ogni persona ha diritto di scegliere il proprio domicilio, così come è libero di circolare in qualsiasi parte del territorio dello Stato. 2. Nessuno può essere impedito di uscire liberamente fuori dal territorio dello Stato.

30 Articolo 41 quarto comma: Le espropriazioni o quelle limitazioni del diritto di proprietà che equivalgono all'espropriazione, sono ammesse solo dietro un giusto indennizzo.

31 Articolo 49: 1. Ciascuno ha diritto di procurarsi i mezzi del proprio sostentamento con un lavoro legale, di propria scelta o accettazione. Egli è libero di scegliere la professione, il posto di lavoro, nonché la propria qualifica professionale. 2. I lavoratori hanno diritto alla tutela sociale sul lavoro.

32 Articolo 51: 1. Il diritto del lavoratore allo sciopero motivato dai rapporti di lavoro è garantito. 2. Limitazioni per categorie specifiche lavorative possono essere stabilite dalla legge per assicurare alla società i servizi essenziali.

33 A. Algostino, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in <https://www.osservatorioaic.it/it/>, fasc. 3/2020.

risulta che ci sono state altre limitazioni che hanno impattato in alcuni casi in maniera consistente i diritti costituzionali.

Pure in assenza di una espressa e dettagliata disciplina costituzionale, sui poteri dell'esecutivo, per le situazioni di calamità naturale, con il lockdown imposto su tutto il territorio nazionale, sono stati limitati altri diritti, come l'art. 24 che sancisce la libertà religiosa, soprattutto il terzo comma *“nessuno deve essere ostacolato o costretto ‘a partecipare alla vita di una comunità religiosa o alle sue pratiche’...”*, l'art. 47 *“il diritto di riunione”* che per quanto riguarda le riunioni in luogo privato non prevede di sottoporrsi a delle procedure previste dalla legge a differenza di quelle che si tengono nelle *“piazze”* (sheshe) o di pubblico transito, sicuramente impattando anche l'art. 22 primo comma *“libertà di espressione”* e l'art. 55 *“i cittadini beneficiano in maniera uguale del diritto all'assistenza sanitaria da parte dello Stato”*. L'art. 55 è stato limitato sostanzialmente da diverse ordinanze del Ministro della Salute³⁴ che sospendevano quasi totalmente (ad eccezione degli interventi che riguardano le patologie maligne) anche nelle strutture ospedaliere *“private”* la possibilità di fare interventi chirurgici. Sicuramente un altro diritto fortemente limitato è stato l'art. 11³⁵ che sancisce *“la libertà dell'attività economica”* a differenza degli articoli 22, 24, 47, 55. In questo caso è previsto dallo stesso art. 11 terzo comma che *le limitazioni della libertà dell'attività economica sono stabilite solo dalla legge e solo per rilevanti interessi pubblici*, infatti la legge 15/2016 impone alcune limitazioni alla libertà economica. Per rafforzare l'eccezionalità dei casi di presenza di malattie infettive la Costituzione nell'art. 27 secondo comma, lettera d)³⁶, prevede che se in caso un individuo è portatore di una malattia contagiosa può essere privato della libertà personale, rinforzando il diritto di imporre limitazioni alla libertà individuale.

34 Urdhër nr. 147, datë 9.3.2020 Për nderprerjen e ndërhyrjeve kirurgjikale të planifikuara në Qendrën Spitalore Universitare “Nënë Tereza” dhe Spitalin Universitar “Shefqet Ndreqi”

Urdhër nr.160, datë 11.3.2020 Për nderprerjen e ndërhyrjeve kirurgjikale të planifikuara në të gjithë strukturat spitalore publike dhe jopublike.

35 Articolo 11: 1. Il sistema economico della Repubblica albanese si fonda sulla proprietà privata e pubblica, e sull'economia di mercato e sulla libera attività economica. 2. La proprietà privata e pubblica è tutelata ugualmente dalla legge. 3. Le limitazioni alla libera attività economica sono stabilite solo dalla legge e solo per rilevanti motivi pubblici.

36 Articolo 27 secondo comma, lettera d: 2. La libertà personale non può essere limitata salvo che nei casi seguenti: d) “quando una persona è portatore di una malattia contagiosa [...]”.

Considerando anche il fatto che l'Albania non è stata fortemente colpita dalla pandemia (secondo le statistiche ufficiali), il Governo albanese non si è limitato ad usare solamente gli strumenti sanciti dalla Costituzione albanese nella gestione della crisi, ma ha chiesto ai sensi dell'art. 15 CEDU di derogare alcune obbligazioni della CEDU³⁷ (art. 8, art. 11, art. 1, CEDU, art. 2 del Protocollo CEDU, art. 2 del Protocollo n.4)³⁸. A mio avviso la sospensione, anche se momentanea³⁹, di alcuni diritti sanciti dalla CEDU non è giustificata e non è proporzionale alla crisi causata da Covid-19. La sospensione anche se per un periodo di tempo limitato dell'art. 15 CEDU, fa sì che le decisioni dell'esecutivo albanese non subiscano il controllo potenziale in ambito CEDU, e di nessun altro tribunale, sbilanciando il rapporto tra i poteri a favore dell'esecutivo⁴⁰. Per quanto riguarda il ruolo del Parlamento nella gestione della crisi sanitaria ci sono state molte critiche per il controllo degli atti dell'esecutivo e del suo operato, infatti il Parlamento si è limitato a fare soltanto il "notaio" del Governo. Il rapporto tra il Parlamento e il Governo soprattutto dopo la riforma costituzionale del 2008 è molto a favore dell'esecutivo e l'uscita in blocco dal Parlamento dell'opposizione lo ha reso sostanzialmente un organo che non può esercitare in completo le competenze costituzionali.

4. Conclusioni

L'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del Covid-19 ha condotto l'Albania di fronte all'ennesima sfida per quanto riguarda il rispetto dei diritti costituzionali e della stessa Costituzione in senso più generale. Sicuramente la limitazione della portata dei diritti a causa della diffusione del Covid-19 non è paragonabile a nessun'altra situazione di emergenza intervenuta sin dall'approvazione della Costituzione del 1998, anche se, a livello formale, sia le modalità con le quali sono state emanate le misure

37 Note verbal JJ9020C dated 1 April 2020 ETS No. 5 – Article 15 <https://rm.coe.int/16809e0fe5>

38 I paesi che hanno usato l'art. 15 CEDU sono: Armenia, Estonia, Georgia, Lituania, Macedonia del Nord, Moldova, Romania, San Marino e Serbia. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>.

39 Il 25 giugno la rappresentanza permanente dell'Albania al Consiglio D'Europa ha comunicato il ritiro della sospensione. Note verbal JJ9071C dated 25 June 2020 ETS No. 5 – Article 15 <https://rm.coe.int/16809ed2cc>.

40 La Costituzione albanese nell'articolo 7 sancisce la divisione e il bilanciamento dei poteri. Art. 7: "La forma di Governo della Repubblica albanese si fonda sulla divisione e sul 'bilanciamento' tra i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario".

restrittive, sia la compressione dei diritti appaiono in linea con le previsioni costituzionali.

Altrettanto delicata è poi la questione del ruolo svolto dalle istituzioni, come il Parlamento e la Corte costituzionale, nel controllare che l'operato dell'esecutivo nella gestione della crisi rimanga nel rispetto delle norme costituzionali. Il prolungamento della calamità naturale, che permette di tenere in vigore tutti i limiti delle libertà costituzionali previsti dall'art. 175, secondo comma, pur in assenza di un significativo numero di morti, suscita dubbi per quanto riguarda la costituzionalità delle suddette limitazioni. L'inasprimento delle condanne penali in costanza dello stato di emergenza, la deroga di alcuni diritti della CEDU, sono tutti segnali che dimostrano il rischio che sta attraversando l'Albania per quanto riguarda il rispetto dello stato di diritto e la divisione dei poteri. La crisi provocata dal Covid-19 ha pure amplificato l'urgenza della messa in funzione della Corte costituzionale, paralizzata per lungo tempo per la mancata nomina dei suoi giudici. Il Governo, a sua volta, in più occasioni non ha, invero, esitato ad usare il Covid-19 per scopi elettorali. Il caso più significativo è l'annullamento di tutte le sanzioni economiche imposte durante lo stato di calamità naturale. In ultimo, non per importanza, è l'urgenza di intervenire nella modernizzazione del sistema sanitario a garanzia del diritto alla salute che, indipendentemente dallo stato di crisi sanitaria, è un diritto fondamentale che deve essere sempre rispettato.

Bibliografia

- Alessandra Algostino, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *OSSERVATORIO COSTITUZIONALE* Fasc. 3/2020.
- Chiara Tripodina, *La Costituzione al tempo del Coronavisur*, in *Federalismi.it*
- Francesco Torre, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, *BioDiritto* 2020.
- Lorenzo Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *Federalismi.it* 2020.
- Lorenzo Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it* 2020.
- Ledi Bianku, *Albania – Some Exceptional Extraordinary Measures*, *Verfassungsblog* 2020
- Matteo De Nes, *Emergenza covid-19e bilanciamento di diritti costituzionali: Quale spazio per la legalità sostanziale*, *BioDiritto* 2020.
- Stefano Dominelli, *COVID-19: riflessioni di diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it* 2020.

John Robb, Jackie Mcarthur, Naomi Hart and Mubarak Waseem, *Coronavirus and Human Rights*, Essex Court Chambers 2020.

World Health Organisation's "*Addressing Human Rights as Key to the COVID-19 Response*" 2020.

Council of Europe, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis*, Information Documents SG/Inf(2020)11

MATHEUS FIALDINI

ATTIVISMO GIUDIZIARIO IN BRASILE AI TEMPI DEL COVID-19

1. Le democrazie moderne riconoscono il Popolo come legittimo detentore del potere che verrà poi esercitato per mezzo di rappresentanti eletti o costituiti. Caratteristica del modello democratico è che il potere conferito dal popolo sia distribuito fra tre grandi organi, anche definiti comunemente come *poteri*: Potere Legislativo, Potere Esecutivo e Potere Giudiziario. Questo modello è stato approfondito da molti pensatori, a cominciare da Charles de Montesquieu (1689 – 1755) che, facendo tesoro delle suggestioni provenienti da Aristotele e da John Locke, elaborò la nota “teoria dei tre poteri” nell’importante opera “Lo Spirito delle Leggi”, in cui preconizzava la divisione tripartita come soluzione agli eccessi dei regimi totalitari o assolutisti, a condizione che fosse garantita tra di loro una costante armonia.

Questo modello di tripartizione di poteri è stato pensato e introdotto negli ordinamenti giuridici di molti Stati proprio per assicurare chiare e limitate attribuzioni ai *mandatari* eletti o costituiti, grazie all’uso razionale, tecnico e legittimo delle funzioni conferite dal *mandante*, il Popolo, così da evitare che un unico organo, in virtù di una tale concentrazione di autorità, potesse eccedere nel suo ruolo al punto da usurpare il potere, che è proprio ed esclusivo di chi conferisce l’incarico. Dunque, una democrazia risulta tanto più accettabile in quanto i tre poteri costituiti riconoscano i propri limiti e esercitino con rigore le attribuzioni a loro conferite. In questo scenario, quando uno dei poteri esorbita l’incarico che gli è stato consegnato, lo stesso viene a delegittimare non soltanto le altre sfere di potere, ma anche e soprattutto se stesso, poiché disattende i termini dell’incarico conferito dal mandante, cioè il Popolo.

La Magna Carta brasiliana ha previsto testualmente, già nel suo articolo 2º, che i tre poteri sono *indipendenti e armonici tra loro* e ha pensato ad alcuni meccanismi di correzione, nel caso di squilibrio per indebita interferenza di uno dei poteri nelle funzioni che appartengono ad altri: dall’impiego di Delegazione legislativa da parte del Parlamento, al fine di intercettare gli eccessi del Potere Esecutivo al riconoscimento, a favore del Potere Giudiziario, della decisione sulla incostituzionalità di un testo

di legge, nonostante sia formalmente legittimo. Non meno significativo è, in questa direzione, il processo di *impeachment* dei massimi rappresentanti dei tre poteri, il Presidente della Repubblica, i Parlamentari o i Ministri della Suprema Corte.

Lungi dall'approfondire le misure necessarie per ristabilire l'armonia tra i poteri, che richiederebbe ben altro spazio di indagine, l'intento di questo articolo è quello di richiamare alla memoria alcuni episodi recenti sul cosiddetto "Attivismo Giudiziario", di cui esistono evidenti tracce in questi tempi di pandemia provocata dal Covid-19, in considerazione della rilevanza e delle ripercussioni che ha raggiunto il fenomeno dell'intervento politico da parte del Potere Giudiziario, con effetti che ricadono sul sistema democratico.

Ciò che desta maggiore preoccupazione è che l'attivismo giudiziario finisce per interferire nelle funzioni che dovrebbero, più correttamente, spettare al Potere Legislativo e a quello Esecutivo, con l'effetto di eccedere dal suo compito di mera garanzia dell'osservanza delle leggi, di rango costituzionale o "infracostituzionale", che gli dovrebbe precludere interpretazioni di tipo creativo. In questa direzione appare corretta la posizione assunta dall'allora componente della Suprema Corte Nordamericana, Antonino Scalia, nell'escludere quei comportamenti di giudici che, con il pretesto di interpretare il senso e la portata della legge, in vista dell'attuazione di principi legali, anche di rilevanza costituzionale, finiscono per introdurre una regola o disciplina chiaramente fuori dal senso e dalla portata che il testo interpretato indica nella sua chiarezza semantica, con l'effetto di invadere le competenze del Potere Legislativo e dello stesso Potere Esecutivo, cui spetta la esecuzione dei testi normativi.

Compito del giudice è infatti quello di garantire l'osservanza della legge, sia nelle situazioni ordinarie che in quelle straordinarie determinate da crisi economiche o di grande instabilità politica, assicurando ancora una volta l'applicazione dei provvedimenti d'urgenza adottati dal Potere Legislativo per affrontare le situazioni di emergenza.

Ciò nondimeno molteplici sono gli episodi di abuso giudiziario, riscontrati nei provvedimenti della più Alta Corte del Paese ¹, che sono stati ri-

1 L'ultimo grado del Potere Giudiziario, dove sono prese decisioni collegiali di carattere definitivo e inappellabile, appartiene al Supremo Tribunale Federale. La Corte è composta da ministri nominati liberamente dal Presidente della Repubblica (che, nel sistema presidenzialista brasiliano, concentra le funzioni di Capo di Governo e dello Stato) tra laureati in Giurisprudenza, indipendentemente dalla loro appartenenza alla magistratura, con l'effetto di far prevalere, nella loro designazione, ragioni politiche o ideologiche, che nulla hanno a che fare con la prepa-

scontrati durante il periodo di emergenza sanitaria provocata dall'epidemia da Covid-19, in grado di usurpare le funzioni proprie dei Poteri Legislativo ed Esecutivo, con l'effetto di derogare alle stesse norme stabilite nella Costituzione Federale, proprio nella parte in cui è “*disegnato*” il sistema di ripartizione e armonia dei poteri.

In questa direzione, evidente è stato il conflitto tra i Poteri Legislativo, Esecutivo (nella sfera dell'Unione, sotto la direzione del Presidente della Repubblica) e Potere Giudiziario nella definizione delle misure di contenimento della diffusione del virus Covid-19, con riguardo specialmente all'obbligo di uso della mascherina, della chiusura di vie e autostrade, del divieto di accesso alle aree pubbliche come parchi e spiagge, oppure di ristoranti e chiese. Tale distanza ha pure riguardato la ripartizione delle competenze tra Unione, Stati o Municipalità per la regolamentazione e controllo delle misure restrittive dei diritti fondamentali, ritenuti necessari per contenere l'avanzamento della pandemia. Analogo conflitto tra poteri ha pure coinvolto la stessa Presidenza della Repubblica, in presenza del divieto imposto dal giudice alla circolazione della pubblicità avviata dal Governo che, ricorrendo all'espressione “Il Brasile non può fermarsi”, voleva impedire il blocco delle attività economiche. Non meno incisivo è stato l'intervento del Giudiziario, a tutela del suo onore e della sua reputazione, attraverso le indagini irregolarmente presiedute dal Supremo Tribunale Federale, con l'ausilio della polizia giudiziaria, per porre un freno agli effetti di presunte *fake news*. La decisione assunta dal Potere Giudiziario di distrarre, in difformità a quanto in precedenza votato in Parlamento, i fondi destinati a fronteggiare i costi delle elezioni per porre invece rimedio agli effetti della pandemia, ciononostante le buone intenzioni, è stata poi ulteriore occasione di conflitto fra i due poteri coinvolti.

Nella misura in cui la pandemia avanzava nel mondo e iniziava a fare vittime in Brasile, il Presidente della Repubblica, autorità massima nel Paese e capo del Potere Esecutivo nella sfera della Unione, ha adottato pubblicamente una posizione resistente e scettica, al limite del negazionismo, per quanto riguarda l'implementazione indiscriminata di misure che portassero ad una completa sospensione della vita quotidiana, come la chiusura del commercio, di parchi, chiese, ecc. L'intento era quello di evitare una tale paralisi che avrebbe potuto provocare un danno ancora maggiore alla società. Senza negare i gravi effetti del Covid-19, a causa della precarietà della salute di una parte della popolazione, che ha condotto anche alla mor-

razione tecnica del candidato al posto, in grado inesorabilmente di condizionarli nello stesso svolgimento dell'importante ruolo giurisdizionale.

te di un numero non trascurabile di persone, l'obiettivo sarebbe stato quello di non frenare completamente l'economia che avrebbe condotto, a medio e lungo termine, un aumento della disoccupazione, il calo della capacità di consumo e produzione e, di conseguenza, un inevitabile sacrificio per il benessere della popolazione.

Nonostante le incertezze della comunità scientifica sui rimedi da impiegare per fronteggiare la crisi epidemica, tale cautela del Presidente della Repubblica, garante dello *status quo*, appariva inadeguata, per gli effetti pregiudizievoli che si sarebbero comunque prodotti sull'economia della nazione. Per fronteggiare questo atteggiamento del Presidente, la corte di gisutizia ha assunto un tale protagonismo che non le spettava.

2. In presenza dell'avanzare in altri Paesi della diffusione dell'epidemia, sarebbe spettato principalmente al Potere Legislativo, nell'esercizio delle sue funzioni e coerentemente alle condizioni sanitarie del Brasile, definire le norme per fronteggiare il nuovo coronavirus, determinando regole e divieti, eccezionali o temporanei.

Ciò è infatti avvenuto per mezzo della legge n° 13.979/2020 con la quale è stata introdotta la quarantena, ricorrendo a misure di isolamento sociale, oltre a fissare sanzioni per le infrazioni agli obblighi introdotti, attraverso il distanziamento tra persone, ma anche il controllo di bagagli, container, animali, mezzi di trasporto o merci che avrebbero potuto, alla luce delle informazioni scientifiche, rappresentare causa di contagio, in modo da evitare ogni possibile contaminazione o propagazione del coronavirus.

Sarebbe compito dei Ministeri della Sanità e della Giustizia e Pubblica Sicurezza, regolare, con ordinanza congiunta, le misure di prevenzione.

Chiamato a pronunciarsi, in azione diretta di incostituzionalità, promossa da un partito politico (ADI n° 6341), il Supremo Tribunale Federale, in seduta plenaria con la maggioranza dei voti, ha poi deciso, in applicazione dell'art. 23, inciso II, della Magna Carta, che non soltanto l'Unione, ma anche gli Stati membri della federazione e le Municipalità, avessero la competenza a disciplinare liberamente le politiche pubbliche necessarie ad affrontare la pandemia. La presenza in Brasile di oltre cinquemila enti federativi delle municipalità, ha scatenato una vera *babele* a livello locale, per la disseminazione caotica di leggi in tutti questi enti della federazione, spesso in conflitto tra di loro, quando non addirittura in contrasto con la politica pubblica tracciata dalla legge federale. Ne sono derivati dubbi interpretativi anche per i giudici di gradi inferiori, cui si è cercato di porre rimedio facendo prevalere l'indirizzo collegiale della più Alta Corte,

attraverso il ricorso alla legge dello Stato di appartenenza del municipio coinvolto. A ciò si è giunti proprio attraverso l'introduzione, per scelta del Giudiziario, di una differenziazione a livello nazionale nella gestione della crisi pandemica e la previsione di una concorrenza delle competenze tra Unione, Stati della federazione e Municipalità.

Tale disarticolazione, indotta per via giudiziaria, è stata la anche causa di una irragionevole asimmetria delle decisioni adottate a livello locale in materia di introduzione, da parte di alcuni Stati e Municipi, di divieti generalizzati di uso e occupazione di spazi pubblici, come ad esempio, spiagge e parchi, a fronte di una maggiore libertà di fruizione consentita da altri.

In un caso, addirittura un Governatore ha assimilato ad un delitto punibile con l'arresto immediato la scelta di quanti avessero deciso di violare le regole di isolamento dentro casa, configurando questo comportamento come reato per violazione del divieto giudiziale di frequentare spazi pubblici, così da offrire spazio ad interpretazioni di giudici di merito che hanno condotto all'arresto dei trasgressori, ignorando il principio *nessun reato, nessuna pena senza legge*. Quanto precede in deroga alla legge federale sopra riportata che, invece, penalizza, fino all'arresto, il comportamento di chi, pur essendo affetto dalla malattia abbia trasgredito la prescrizione medica di isolamento che gli avrebbe imposto di restare a casa fino alla completa guarigione².

3. Attraverso questi interventi, ancora una volta il Potere Giudiziario, sia pur nell'esercizio del ruolo di custode della Costituzione Federale, ed in particolare dei principi della dignità della persona umana e del rispetto del sistema federale della Repubblica, ha finito per usurpare -prendendo a pretesto la legittima interpretazione della conformità con la Costituzione – il *munus* dell'Esecutivo, e per invadere, attraverso scelte di politica pubblica, la discrezionalità di quest'ultimo.

Pur se il Giudiziario agisca su istanza di parte, l'accesso facilitato a tale potere ne ha consentito una inopportuna strumentalizzazione e abuso delle funzioni idonea a interferire sulla discrezionalità del Potere Legislativo ed Esecutivo proprio attraverso l'esercizio di una interpretazione creativa e manipolatoria che l'ha condotto, a secondo dei casi, a disapplicare leggi, a modificarne il significato e la portata originarie, ad interferire con le

2 La norma dell'art. 268 del Codice Penale preconizza: *Violare la determinazione del potere pubblico, destinata a impedire l'introduzione o la diffusione di malattia contagiosa: Pena – detenzione da un mese a un anno, e multa.*

decisioni adottate dal Governo, ora imponendo alle stesse eccessivi freni, limitandole, annullandole, o anche conferendole nuovi contenuti, che, in realtà, non sono altro che la negazione di quanto era stato deciso fino a quel momento.

Tale condizionamento dell'esercizio del Potere Legislativo e di quello Esecutivo da parte del Giudiziario assume connotati ancora più preoccupanti quando proviene da quei suoi rappresentanti che occupano gli scranni del collegio della più Alta Corte, di alterare il normale equilibrio tra i poteri della Repubblica.

In questa direzione ha destato preoccupazione e suscitato più di una critica un' intervento del Supremo Tribunale Federale, avendo come relatore il ministro Luis Roberto Barroso, in presenza di una ingiunzione per il Mancato Rispetto del Precetto Fondamentale n° 668 e n° 669, di iniziativa della Confederazione Nazionale dei Lavoratori Metallurgici e del partito politico Rede Sustentabilidade che chiedevano il divieto di diffusione di pubblicità del Governo Federale con il motto: "Il Brasile non può fermarsi". Gli autori dell'azione sostenevano che il messaggio veicolato in video nelle reti sociali avrebbe disseminato informazioni false che avrebbero condotto a sottovalutare il pericolo pandemico e convinto le persone a non rispettare il distanziamento sociale raccomandato dalle società scientifiche. Attraverso il ricorso ai principi costituzionali, la Corte Suprema del Brasile è venuta, tramite uno dei suoi membri, a decidere sulla convenienza della pubblicità avviata dal Governo, con l'effetto di vietarne la circolazione, attraverso una sorta di censura, per essere ritenuta inadeguata ad affrontare il Covid-19, nonostante la presenza di autorevoli pareri scientifici, impiegati dallo stesso Esecutivo, sulla sua opportunità.

La decisione del Giudiziario sulla pericolosità, per la vita, la salute e il diritto di ricevere adeguata informazione dei cittadini, della campagna pubblicitaria promossa dal Governo Federale, è venuta ad incidere in modo ritenuto arbitrario in un campo che prevede un margine di discrezionalità da parte dell'Esecutivo, che dovrà tenere conto contemporaneamente, al fine di rinvenire un giusto punto di equilibrio, tra parametri scientifici, conseguenze economiche, derivanti da misure restrittive, crescita della disoccupazione, della povertà e miseria sociale. L'assenza di un necessario quadro d'insieme, di spettanza del potere politico, conduce inesorabilmente al fallimento delle misure adottate dal Potere Giudiziario che non è certamente in grado di rispondere alle attese del popolo, il vero detentore del Potere sovrano, non avendo neppure ricevuto da quest'ultimo il *munus* per deliberare sulle politiche pubbliche.

Nella stessa direzione, che denota un eccessivo protagonismo politico, si inoltra un'ulteriore decisione giudiziaria che ha pure destato attenzione in questi tempi di pandemia.

In seguito ad un'azione popolare promossa da un avvocato, la Giustizia Federale del Distretto Federale ha accolto la domanda per bloccare i valori destinati al fondo di finanziamento dei partiti e al fondo elettorale, al fine poi di utilizzarli nella lotta agli effetti della pandemia da coronavirus. La decisione, pur basandosi su un ragionevole *iter* argomentativo, presenta tuttavia molte valutazioni di carattere politico e come tali eminentemente discrezionali. Secondo l'Autorità giudiziaria competente decidere "il mantenimento dell'integrità dei fondi elettorali e di quelli riservati al finanziamento dei partiti sembra contrario alla moralità pubblica, ai principi della dignità della persona umana, dei valori sociali del lavoro e della libera iniziativa, oltre che al proposito di costruire una società solidale". Lo stesso giudice ha aggiunto che "dai sacrifici richiesti a tutta la nazione non possono essere risparmiati soltanto alcuni, cioè coloro che in ragione del proprio potere controllano anche il bilancio dell'Unione".

In forza di questa argomentazione si è sospesa l'efficacia dell'articolo 16-C, § 2º, della Legge elettorale – che prevede il versamento di risorse da parte del Tesoro Nazionale sul conto speciale a disposizione del Tribunale Superiore Elettorale³ – così da consentire al Governo Federale l'uso di tali somme per una lotta serrata al Covid-19.

Una decisione di questo tipo, tuttavia, non sarebbe di competenza dell'Autorità giudiziaria, piuttosto del Potere Esecutivo e di quello Legislativo. Non a caso proprio attraverso una legge si è decisa la finalità di questi fondi. Pertanto, la sostituzione per via giudiziale della loro destinazione finale rispetto a quanto stabilito inizialmente dal legislatore è una misura di natura politica e, quindi, estranea alle funzioni di un magistrato, tant'è vero che la decisione è stata poi respinta in secondo grado, in quanto considerata lesiva proprio del principio della separazione dei poteri.

La soluzione giuridica, cui stanno ricorrendo molti *magistrati attivisti*, è quella di invocare principi costituzionali solo apparentemente violati, consentendo però in questo modo di espungere dall'ordinamento una determinata norma legislativa. Tale *modus operandi*, naturalmente, discredita il Potere Giudiziario, tanto da alimentare l'istanza, seppur priva di fondamento costituzionale, tesa allo scioglimento del Supremo Tribunale Federale.

3 Il versamento deve avvenire presso il *Banco do Brasil* entro il primo giorno feriale del mese di giugno dell'anno delle elezioni.

Anche alla luce di questi episodi definiti di “Attivismo Giudiziario” è emersa nel dibattito pubblico la tesi per cui la sovranità nazionale sembrerebbe essere stata ceduta all’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), nel senso che il Potere Giudiziario avrebbe veicolato l’indirizzo dell’OMS in tema di pandemia sostituendosi così al Governo, in particolare al Presidente della Repubblica che invece resisteva alle sue direttive⁴. Ebbene, in questo contesto il Potere Giudiziario ha violato la sfera di competenza dei Poteri Legislativo ed Esecutivo, gli unici legittimati a scegliere la strategia più appropriata di lotta alla pandemia. Al riguardo, è significativo ricordare il pensiero del giurista brasiliano Rui Barbosa, scomparso quasi un secolo fa, secondo cui “la peggiore dittatura è quella del Potere Giudiziario. Contro di essa, non c’è nessuno a cui rivolgersi”.

Un altro caso meritevole di attenzione ha riguardato il Consiglio Nazionale della Giustizia (CNJ) – cioè un organo di vertice del Potere Giudiziario, ma dotato della sola funzione amministrativa – che ha adottato una risoluzione tesa a recepire le raccomandazioni dell’OMS, imponendo ai giudici di riesaminare le condizioni dei detenuti e la loro situazione giudiziaria. In questo modo, oltre a interferire in una funzione giurisdizionale assolutamente al di fuori della sua competenza, il CNJ ha individuato nel Covid-19 una ragione capace di modificare lo stato del detenuto⁵, senza neanche valutare se la sua eventuale liberazione possa favorire un rischio maggiore rispetto alla custodia in carcere. La direttiva non ha ponderato la possibilità del detenuto infetto di contaminare l’ambiente domestico, entrando in contatto con i parenti dopo la sua uscita dal carcere; così come non ha opportunamente considerato la possibilità per il detenuto di essere contagiato a causa della presenza di qualche parente già precedentemente infetto.

In conclusione, il potere di scelta, tipico dell’indirizzo politico, non può essere attribuito a persone che non sono state elette, come i magistrati, gli studiosi, i tecnici e gli scienziati. In particolare, i magistrati dovrebbero innanzitutto orientarsi verso un’interpretazione costituzionale di un testo di legge, abbandonando ogni attività interpretativa impropriamente condizionata dai convincimenti personali. La decisione di un ‘magistrato attivista’ sarà, pertanto, sempre una decisione errata, capace di sollevare l’indignazione e il dissenso sociale. Questa categoria di magistrati sicuramente potrà supportare le proprie decisioni con i principi della Costituzione federale, così da imporre quello che, a loro giudizio, ritengono essere

4 L’OMS ha sostanzialmente dettato l’agenda del Brasile indirizzando le misure necessarie per affrontare il Covid-19.

5 Difatti, a seguito della risoluzione del CNJ sono stati messi in libertà parecchi detenuti a causa del Covid-19.

il percorso corretto per affrontare una determinata questione di interesse pubblico o sociale. Ciò però rientrerà nel tentativo, infondato, di giustificare giuridicamente la lesione della sfera di competenza di un altro potere della Repubblica.

La qual cosa non impedisce al Potere Giudiziario di acquisire un piccolo margine di interpretazione del testo di legge, sulla base del presupposto che l'applicazione della legge presuppone la previa e necessaria capacità di intenderla. Quanto precede a condizione tuttavia che questa attività esegetica non assuma, soprattutto durante la gestione delle crisi, una connotazione politica che non rientra nella competenza di questo potere.

CELESTE LEITE DOS SANTOS

PÓS HUMANISMO E ATIVISMO DOS ATORES DA JUSTIÇA NA SINDEMIA: A PRÁTICA A SERVIÇO DA JUSTIÇA SOCIAL

Admitir-se a prática de ativismo seja pelo Ministério Público, que atua como *ombudsman* da sociedade brasileira, seja pelo Poder Judiciário, sempre acarretou debates acalorados. No campo da bioética o clamor pela promulgação de um verdadeiro e próprio Código Humanitário surge como imperativo no século XXI, sob pena de se conferir a órgãos regulatórios públicos e privados poderes aos quais os indivíduos não possam se opor, tendo em vista a elasticidade do princípio da dignidade da pessoa humana – digno é aquilo que o especialista determina, atribuindo-se verdadeiros direitos de vida e morte dos indivíduos (seleção dos pacientes que receberiam tratamento intensivo no ápice da primeira fase do COVID-19). A elasticidade dos princípios permitiu o avanço de interpretações judiciais na aplicação do Direito, padecendo, todavia, do vício de ausência de contrapesos. A insuficiência autorregulatória neoliberal reacende os debates ambientais e sociais, ante a constatação do caráter sindêmico do COVID-19, cuja estratégia não pode se cingir ao nível epidemiológico e sanitário, mas demanda novo pacto social que lance luzes a figura dos coletivos vulneráveis, seus impactos ambientais e econômicos, tais como o crescimento desordenado de cidades, o desmatamento sem freios, a emissão de gases de efeito estufa e sua interação com o reino animal. Admitir que o bem estar individual depende do bem estar do outro implica prudência, ou seja, poder tomar decisões que repercutam positivamente em nosso futuro.

Isso porque às necessidades individuais há que se sobrepor o interesse da coletividade que ganha contornos cada vez mais precisos ao admitir-se a existência de bens relacionais decorrentes da interação comunitária (Becchetti, 2020). Nessa perspectiva, a insuficiência das categorias bens públicos (pertencentes ao Estado), bens privados (pertencentes as pessoas físicas e jurídicas) e bens comuns (pertencentes as presentes e futuras gerações) surge a figura de *bem intangível ou não mensurável* na realidade exterior, mas que a determina e condiciona: *os bens relacionais*. As grandes empresas de tecnologia já apreenderam e monetizaram essa realidade;

e, seus usuários passaram de condicionantes a condicionados, surgindo novos hábitos e mudanças comportamentais em velocidade nem sempre compatível com a capacidade de resiliência do ser humano e, para além de sua capacidade de transformar a realidade de forma generativa.

Se de um lado a exclusão digital cria duas categorias de seres humanos, os incluídos e os não incluídos digitalmente, também acarreta verdadeiro universo paralelo – do ser humano em contato com a natureza e, aqueles isolados em razão da redução ou exclusão drástica de relacionamentos pessoais e suas capacidades sensoriais respectivas. O desafio da integração é capaz de gerar soluções criativas e com custos reduzidos, por meio do incremento de técnicas de psicologia social que permitem concluir que o ser humano foi projetado para estabelecer conexões, seja com seu eu interior, suas redes de apoio (família, escola, amigos, igrejas) e com o tecido social (regras e normas não necessariamente positivadas, mas respeitadas por todos). O ser humano antropoceno não possui habilidades geracionais que permitam a sobrevivência desvinculada do ser humano em comunhão com a natureza, de forma que somente com a união de esforços entre criatura e criador que o equilíbrio poderá ser restabelecido em todas as esferas da vida. Nessa perspectiva, ser humano saudável é aquele que goza de estado de pleno equilíbrio físico, psíquico, social e espiritual.

Nem um estado de bem estar social, nem uma sociedade de bem estar social será capaz de superar as adversidades da era antropocena sem uma ação integrada e articulada voltada à recuperação resiliente e sustentável, seja ao nível dos Estados em sentido territorial, seja da humanidade com um todo. As instituições devem atuar de forma a fomentar a cidadania ativa e a responsabilidade social e ambiental das empresas. Promover a justiça social passa a ser uma das engrenagens propulsoras da sobrevivência humana, razão pela qual economia e política devem convergir. Se no passado o Direito Penal surgiu como forma de consolidar o poder central em torno da figura do Estado, o desafio dessa era será convencer esse mesmo Estado de que as sanções pelo descumprimento de direitos sociais, normas ambientais e de saúde devem ser proporcionais às ofensas cometidas, ou seja, as mais graves ante o desequilíbrio social, econômico e de saúde causado. Para além de políticas meramente repressivas, deve haver o incremento de políticas preventivas à vitimização e estratégias de ruptura de vitimização, convocando todo o tecido social a cuidarem uns dos outros como órgãos interdependentes do mesmo organismo. O risco da omissão das instituições estatais, da sociedade e dos detentores do poder econômico é o surgimento de Estados Autoritários em que o consenso social não é construído por to-

dos, mas imposto por uma minoria que exerça o poder. Não precisamos ir muito longe para admitir que a política asiática é mais eficaz no combate a pandemia (ou mais propriamente denominada sindemia) do que os países ocidentais – mas a que custo?

Contrariando as máximas das Ciências Sociais, partimos nesse estudo da prática à teorização, pois no período de março de 2020 a outubro de 2020 desenvolvemos dois projetos à frente do Ministério Público do Estado de São Paulo, o que demonstra que a atuação desburocratizada de seus membros permite alcançar diversos setores e segmentos da sociedade que representa.

O primeiro projeto denominado *Higia Mente Saudável* foi lançado simultaneamente ao anúncio pela Organização Mundial de Saúde (www.higiamentesaudavel.com.br) da pandemia causada pelo novo coronavírus. As instituições ainda desempenham em nosso Estado um papel de confiança que permitem o desenvolvimento de habilidades do ser humano somente passíveis de serem obtidos em um contexto coletivo, de comunidade. Movidos pelo sentimento de pertencimento foi possível desenvolver ação articulada com as Faculdades de Psicologia e Direito do Centro Universitário das Américas, grupos de pesquisa da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Assistência Jurídica da Universidade Mackenzie, padres de dois dos eixos mais vulneráveis de São Paulo (Zona Leste e Central), ministros religiosos adventistas (região central, zona leste e zona sul), advogados, médicos do Hospital Santa Casa de São Paulo e de outras regiões, artistas, curadores de arte, engenharia de produção, empresários do setor de bem estar físico e mental, educadores físicos, enfermeiros, jornalistas, juízes, delegados de polícia, facilitadores e estudantes. Por meio de capacitações semanais eram aprimoradas habilidades e desenvolvidas outras que sequer seriam conhecidas fora de um ambiente multidisciplinar. Seus eixos básicos: acolhimento emocional de profissionais da área de saúde e pessoas em situação de isolamento social por meio de técnicas de psicologia voltada a gestão de crises, orientações jurídicas por meio de advogados *pro bono*, recebimento de denúncias, acolhimento espiritual por meio de missas virtuais, círculos de orações e de superação do trauma e formação da resiliência, em especial por pessoas enlutadas que não puderam vivenciar os rituais respectivos, bem como campanhas de doação de alimentos, água, campanhas contra o frio, inclusão digital e insumos.

No período de março a setembro de 2020 foram realizados 487 atendimentos emocionais de acordo com a técnica de psicologia social de gestão de crises desenvolvida pela psicóloga Jonia Lacerda e Shirlei Lizak Zolfan, consoante gráfico 1.

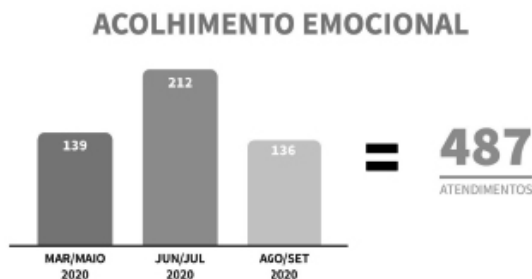


Gráfico 1 – Projeto Higia Mente Saudável – www.higiamentesaudavel.com.br.

A queixa principal das pessoas acolhidas pelo projeto eram ansiedade, angústia, tristeza, depressão, problemas familiares, consoante o que segue:



Gráfico 2 – Principais queixas apresentada.

O acolhimento emocional de crise foi desenvolvido para minimizar os efeitos da crise existencial causada pelo novo coronavírus e pela técnica desenvolvida foram realizadas de oito a doze sessões para cada paciente por meio virtual de preferência do assistido. Ao contrário de serviços similares existentes, não era realizada mera triagem dos pacientes, mas desenvolvidas habilidades para responder aos desafios diários impostos, com aplicação de técnicas de psicologia social. Em casos mais graves os coordenadores encaminhavam a serviços da rede SUS-SUAS para acompanhamento da família (estratégia de saúde da família). Trata-se de típico exemplo em que os setores público e privado podem se auxiliar mutuamente visando o bem estar comum, uma vez que o serviço foi implantado graças a projeto de promotores de justiça, por coordenadoras do curso de psicologia do Centro Universitário das Américas, com desenvolvimento de formulários que permitam o acompanhamento da atividade desenvolvida com respeito ao sigilo das histórias pessoais dos atendidos.

Cumpra mencionar que dentre as pessoas atendidas tínhamos um universo de cem por cento de pessoas do sexo feminino, o que permite con-

cluir que as mulheres tenham mais capacidade de reconhecer limitações de ordem emocional e buscar ajuda. Necessário mencionar que nos quatro primeiros meses da pandemia o setor público suspendeu praticamente por completo os atendimentos psicológicos realizados e só recentemente passou a oferecer acompanhamentos virtuais, o que denota que se incentiva a iniciativa privada tem maior celeridade e responsividade em oferecer soluções do que os organismos puramente estatais de atenção a saúde da população. As universidades privadas também se mostraram ser importante eixo de fomento a solidariedade, inexistindo notícias de que universidades públicas ou com fomento estatal tenham desenvolvido iniciativas semelhantes no auge da crise, o que é indicativo de ser um importante canal de fomento a resiliência transformativa em nossa sociedade.

O acolhimento espiritual foi sem sombra de dúvidas o veículo de acolhimento mais procurado pelos usuários do projeto e que conseguiram se adaptar com maior velocidade à crise, tendo recebido 233.388 visualizações no período de março a setembro de 2020.



Gráfico 3 – Acolhimento espiritual.

ACOLHIMENTO ESPIRITUAL

IGREJA	Voluntário	Tipo	Pessoas / Visualizações
Igreja Sembrando de Acolhimento	Padre Antônio (Bispo)	Missa Online	25.200
Igreja Sembrando de Acolhimento	Padre Antônio (Bispo)	Grupos de Oração	50.400
Assembleia de Deus	Padre João	Lives - Orações	80.010
Igreja Adventista do Sétimo Dia	Padre Débora	Lives - Cultos	77.728

Gráfico 4 – igrejas e ministros que atuaram de forma proativa durante a crise no período de março a setembro de 2020.

O que se pode concluir é que a Igreja é importante rede de apoio dos cidadãos e local onde ainda perquirem a manutenção de sua saúde e qualidade de vida. Em que pese o caráter laico do Estado há de ser construído canal de diálogo que permita a identificação das necessidades básicas da população, sobretudo a mais vulnerável, inexistindo serviços públicos estatais com capilaridade idêntica ou semelhante. O modelo híbrido a ser desenvolvido pós crise deve contemplar todos os contextos da vida social, devendo ser dada particular atenção ao potencial agregador e difusor do valor solidariedade das comunidades religiosas.

No mesmo período, foram realizadas 23 capacitações com 147 profissionais de áreas distintas de formação, tendo sido obtidas 4646 visualizações, o que resultou em fortalecimento do grupo de profissionais e voluntários atuantes no projeto, contribuindo para o bem estar físico, psíquico, social e espiritual dos próprios integrantes do grupo que tiveram maior responsividade as exigências da crise e na geração de respostas as demandas que lhe eram apresentadas.



Gráfico 5 – capacitações de voluntários.

Foram realizadas campanhas como Doe Vida visando auxiliar a população vulnerável de diferentes regiões da cidade, tendo sido arrecadas 105.122 unidades de alimentos, 8.762 insumos (materiais de higiene, cobertores, produtos informáticos, etc), tendo sido ainda doados para a Santa Casa de São Paulo e ações sociais da Nossa Senhora da AQUIROPITA R\$ 8.516,00, por se tratar de projeto sem personalidade jurídica, de modo que todas as ações eram imediatamente encaminhadas a população ou entidades contempladas.

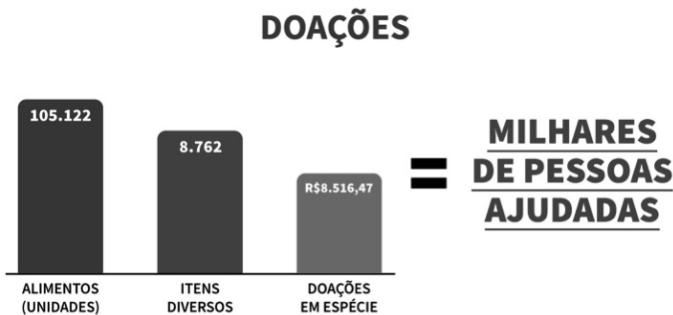


Gráfico 6 – Doações – março a setembro de 2020.

No canal oferecido pelo site do projeto foram realizados 133 atendimentos jurídicos separados abaixo nos gráficos 6 e 7 de acordo com a natureza do atendimento prestado, sendo 96 por promotores de justiça (sem prejuízo do expediente normal) e 37 por advogados pro bono integrantes do projeto:

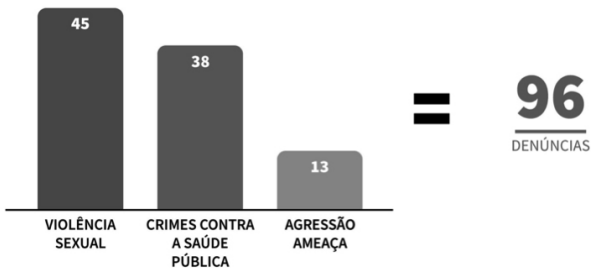


Gráfico 7 – meses de março a setembro de 2020.

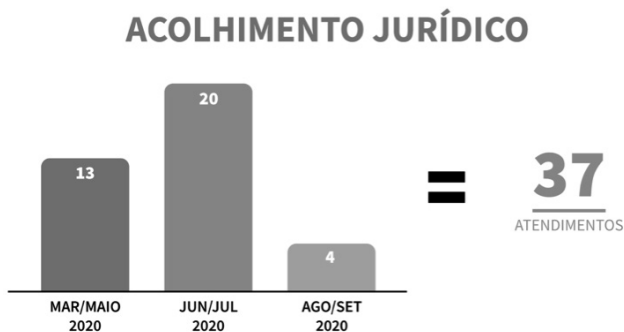


Gráfico 8 – advogados pro bono.

ACOLHIMENTO JURÍDICO



Gráfico 9 – meses de março a setembro de 2020.

Paralelamente foi projetado em parceria com a Secretaria Municipal do Meio Ambiente de São Paulo o memorial das vítimas da pandemia. Por meio do primeiro memorial que também consiste em uma cápsula do tempo, tendo sido eleito como local para implantação do memorial o Parque do Carmo, na Zona Leste, por ter sido a região que mais vitimou pessoas no Município de São Paulo e por estimular a experiência de um espaço de luto compartilhado e de reflexão para as presentes e futuras gerações. Foi eleito como símbolo o ipê branco por ser uma árvore que floresce na adversidade, o que nos remete a ideia de superação. No período de janeiro a junho de 2021 serão colhidas condolências que serão impressas em sementes com o QR code e cópia em impresso lacrado a vácuo em cápsula do tempo que permita registrar a memória da maior crise sanitária, social e ambiental desse milênio. A sustentabilidade de um espaço virtual aliada a exuberante paisagem do Parque do Carmo permitirá gerar reflexões sobre o ocorrido e auxiliar em respostas mais rápidas e ágeis em novas crises que poderão surgir caso continue esse ritmo acelerado de degradação ambiental e social colocando em risco a sobrevivência da própria espécie humana.

Paralelamente foi proposto o projeto de lei 3890-2020 que visa atribuir autonomia a vitimologia ampliando a proteção estatal não apenas a vítima de delitos, mas também de calamidades públicas. Foi prevista de forma inédita a figura da *vitimização coletiva* e estratégias de desvitimização com incremento de práticas restaurativas e da formação de resiliência transformativa. No caso de vitimização coletiva causada pela prática de crime ou calamidade pública serão adotadas medidas especiais de proteção, apoio e desvitimização. Entende-se por vitimização coletiva as ofensas a saúde pública, meio ambiente, sentimento religioso, consumidor, fé pública e de-

mais hipóteses que comprometam seriamente determinado grupo social, independentemente de sua localização geográfica.

Dos estudos realizados com base na observação empírica e científica os efeitos da pandemia (sindemia) somente poderão ser superados com a adoção do modelo de bem estar total, com comprometimento de todas as instâncias formais e informais de controle social. O desafio do século XXI é a integração dos saberes e dos indivíduos em um só corpo. O Ministério Público por meio de sua atuação por projetos pode por meio de seus agentes políticos coordenar e liderar a reconstrução do país, já que não comprometido com pautas políticas e ideológicas, tampouco submetido a amarras próprias da atividade jurisdicional em que o órgão julgador é em princípio inerte. A colaboração entre todas as instituições integrantes do sistema de justiça possui o condão de corrigir disfunções não previstas pelo Estado de Bem Estar Social, mas que a sociedade brasileira, assim como grande parte das comunidades mundiais, ainda se encontram em estágio infantil de aprendizado. De forma oposta ao ativismo puramente judicial em que a atuação do Poder Judiciário atua sobre os demais poderes, o espaço extrajudicial de controle social com a articulação estratégica de setores da sociedade civil tem o condão de caminhar rumo a uma obtenção de justiça social, dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Democrática.

Os aprendizados obtidos nesse caminho de dor devem servir de alerta para as gerações futuras e o reconhecimento de que as vidas que se perderam nesse caminho não foram em vão. Além do contato direto com a natureza propiciar a reflexão de todas as experiências e vivências sindêmicas temos que o monumento Memorial AVARC é um símbolo e, como todo símbolo possui uma história. Essa história foi construída com dor e sofrimento. A esperança da cura nos dá perspectivas para o futuro que gerem opções mais solidárias de convívio social.

ROGÉRIO DONNINI

RAPPORTI CONTRATTUALI E PANDEMIA

“Il progresso della scienza giuridica dipende dal coraggio con cui i giuristi intraprenderanno una elaborazione sistematica del diritto che non faccia concessioni alla tradizione solo perchè è tradizione.” (*Norberto Bobbio*)

1. Introduzione

I rapporti contrattuali, siano essi celebrati tra privati e, pertanto, regolamentati dal Codice Civile, siano essi sottoscritti tra consumatore e fornitore¹, si trovano ad attraversare una situazione anomala di crisi sanitaria e economica causata dalla pandemia della Covid-19 che potrebbe portare alla revisione o alla risoluzione dei contratti, così come all'estinzione involontaria dell'obbligo. Questa condizione ha fatto emergere una serie di interrogativi e di dubbi per quanto riguarda la soluzione legale più appropriata per ristabilire un certo equilibrio nei contratti, equilibrio venuto meno con il cambiamento della base oggettiva del contratto stesso, soprattutto durante il divieto temporaneo di apertura degli esercizi commerciali. Si tratta, infatti, di una situazione straordinaria e imprevedibile che potrebbe portare alla revisione o alla risoluzione contrattuale, oppure bisogna mettere in conto la possibilità di considerarla come un fatto inevitabile che possa portarci ad invocare l'inadempimento contrattuale basato su un *caso fortuito* o *forza maggiore*? Come arbitrare in modo equo eventuali riduzioni di importi nel contratto o nei rapporti di locazione? Questi e altri argomenti saranno esaminati qui di seguito.

1 Questi rapporti sono regolamentati dal Codice di Difesa del Consumatore brasiliano (CDC).

2. Equilibrio contrattuale e temporalità

Da molto tempo le parole di Alfred Fouillée, che ci ricordano che tutti i contratti liberamente conclusi per definizione dovrebbero essere in conformità con la giustizia e l'interesse generale, portandoci ad affermare che “chi dice contrattuale dice giusto” (*qui dit contractuel dit juste*)², non sono più in linea con l'idea di equilibrio e correttezza nei rapporti contrattuali. Alla fine del secolo scorso e soprattutto dopo l'avvento del testo costituzionale brasiliano del 1988, il principio dell'*intangibilità contrattuale*³, sancito dalla massima *pacta sunt servanda*⁴, ha iniziato ad essere mitigato dall'introduzione della possibilità di revisione giudiziaria dei contratti. Tale possibilità si è andato intensificando grazie alla legge del diritto dei consumatori e al codice Civile brasiliano del 2002.

Dire contrattuale, anche se si tratta di un accordo paritario (*contrat de grés à grés*), in realtà non sempre vuole dire giusto, specialmente di fronte a situazioni anomale, siano esse inevitabili o imprevedibili, situazione che possono aver luogo al momento della conclusione o anche dopo, in casi di contratti successivi o di esecuzione differita.

La parola contratto, dal latino *contractus*, viene da *contrahere*, unire, riunione del consenso⁵, motivo per il quale la nozione stessa di contratto è collegata all'idea di commutatività o *giustizia commutativa*⁶, che altro non è se non la necessità dell'esistenza di un equilibrio nelle prestazioni stabilite, equivalenza tra prestazione e contro prestazione. Senza equivalenza, senza commutatività, la convenzione perde la sua essenza, dato che

2 A. Fouillée, *La Science sociale contemporaine*, Paris, 1880, p. 410.

3 Come previsto dall'art. 1372 del Codice Civile italiano.

4 “I patti devono essere osservati”

5 <http://etimo.it/?term=contratto&find=Cerca>

6 La parola giustizia viene specificata per differenziare le sue forme di manifestazione. Aristotele differenzia la giustizia commutativa (*iustitia commutativa*) dalla giustizia distributiva (*iustitia distributiva*). La prima, detta anche giustizia compensativa, correttiva o sinallagmatica, implica l'uguaglianza tra prestazione e controprestazione, tra ciò che si intende per equivalente, *verbi gratia*, danno/indennizzo e prezzo/merce, utilizzata, soprattutto, nell'ambito contrattuale e nella responsabilità civile. La seconda (giustizia distributiva), a sua volta, richiede che tutte le persone siano trattate allo stesso modo, in un rapporto tra la comunità ed i suoi membri. Oltre a queste due forme di manifestazione, c'è la *iustitia legalis*, sviluppata da Tommaso D'Aquino, che consiste nel dovere che una persona ha verso il tutto, come ad esempio il dovere di voto o l'uso sociale della proprietà. Mira al bene comune. Questa nozione è stata trasformata in giustizia sociale, idealizzata poco più di un secolo fa. (N. Horn, *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre 2005, p. 239).

si tratta di nozioni inseparabili, poiché deve esserci sempre un legame tra l'accordo delle volontà e l'equivalenza tra prestazione e controprestazione. Un contratto realizzato senza questo binomio diventa iniquo, disuguale e non raggiunge la tanto ambita *giustizia contrattuale*.

Oltre alla commutatività inerente a qualsiasi contratto⁷, si tratta di un atto di emancipazione del futuro, considerarlo che nei contratti successivi il tempo è il loro mezzo naturale di esecuzione. Ciò considerato, *commutatività e temporalità* possono diventare in alcuni casi apparentemente conflittuali poiché nel tempo possono sorgere imprevisti da parte dei contraenti sia al momento di firmare l'accordo sia in situazioni imprevedibili e inevitabili, provocando così squilibrio nel rapporto contrattuale e, di conseguenza, violando l'*idea di commutatività*.

Il contratto, pur essendo un concetto giuridico, non costituisce una realtà autonoma, essendo integrato in una determinata visione economica e sociale, trattandosi di una vera operazione che innegabilmente favorisce la circolazione della ricchezza⁸. Se l'obbligatorietà del suo adempimento è essenziale perché esso esista, allo stesso modo va ricordato che esso ha una funzione sociale che consente, eventualmente, di ristabilire il suo precedente equilibrio.

3. Caso fortuito e forza maggiore: necessità e inevitabilità

Non vi è tra i romanisti un consenso nei concetti di caso fortuito e forza maggiore. Sul Digesto (50.8.2.7), il caso fortuito viene definito come segue: *fortuitus casus est qui nullo humano consilio praevideri potest* (caso fortuito è ciò che non può essere previsto da nessun atto umano), mentre nell'*Institutas* di Gaio, forza maggiore (*vis maior*) *est cui humana infirmitas resistere non potest* (forza maggiore è ciò a cui la debolezza umana non può resistere)⁹. Per alcuni, il *casus fortuitus* sarebbe un fatto umano, come una guerra o un'invasione, mentre la forza maggiore sarebbe collegata a

7 Eccezione fatta per i contratti aleatori.

8 E. Roppo, *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra 2009, p. 8/9.

9 V. E. Betti, *Istituzioni di Diritto Romano, volume secondo, parte prima*, Padova, 1962, p. 253 e s. in Digesto 19, 2, 15, 2, in *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, vol. III, libri 12-19, trad. Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos (Conselheiro Vasconcellos), São Paulo 2018, p. 307, si trova la seguente menzione: "Vejam os se o locador é responsável por alguma coisa para com o locatário no caso de sobrevir um temporal calamitoso. Sérvio pensa que o proprietário deve indenizar o colono de todas as desgraças causadas por uma força maior, à qual é

fenomeni naturali, come ad esempio un fulmine o un uragano; per altri, il caso fortuito sarebbe un evento della natura imprevedibile e la *vis maior* un fatto umano a cui è impossibile resistere¹⁰.

Nel Codice Civile brasiliano del 2002 (art. 393) e in quello del 1916 (art. 1.058), il legislatore non fa differenza tra caso fortuito e forza maggiore, la redazione per i due dispositivi è praticamente uguale¹¹. Lo stesso succede anche in Italia (*Codice Civile*, art. 1218 e 1256)¹². In Francia, nel sec. XIX, Théophile Huc concettualizzò questi due istituti come segue: il *caso fortuito* sarebbe un incidente causato da forza fisica inintelligente, in condizioni che non potevano essere previste dalle parti, mentre la *forza maggiore* un fatto riguardante terzi, che ha provocato un ostacolo insormontabile per il debitore, favorendo la mancata esecuzione dell'obbligo¹³. Clóvis Bevilacqua, nei suoi commenti all'art. 1.058 del Codice Civile brasiliano del 1916, affermava la dispensabilità della differenziazione poiché gli effetti, in entrambi i casi, non sarebbero né evitabili né possibili da ostacolare¹⁴. Allo stesso modo, Massimo Bianca afferma che:

Caso fortuito e forza maggiore non hanno un diverso significato. Il caso fortuito evidenzia l'aspetto della imprevedibilità mentre la forza maggiore quello della irresistibilità: ma questi due aspetti concorrono a delineare la medesima nozione di evento imprevedibile e inevitabile alla stregua della diligenza dovuta.¹⁵

impossível resistir, como, por exemplo, pelo transbordamento de rios, invasão de pássaros ou inimigos e outras coisas semelhantes.”

- 10 J. C. Moreira Alves, *Direito Romano*, Vol. II, 13ª ed., Rio de Janeiro 2003, p. 40. E. Petit, *Tratado Elementar de Direito Romano*, trad. Jorge Luís Custódio Porto, Campinas 2003, p. 622, indica: “O caso fortuito é o acontecimento ao qual a vontade do devedor fica completamente alheia, e não pode lhe ser imputado. É um caso de força maior, *vis maior*, quando o homem é impotente para resistir, como os incêndios, as inundações, os ataques a mão armada.”
- 11 Código Civil de 2002, art. 393: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.” L'art. 1.058 do Código Civil de 1916 aggiungeva soltanto, nel suo *caput* l'eccezione agli articoli 955, 956 e 957, che trattano la mora.
- 12 CC (Código Civil brasileiro) e c.c. (*Codice Civile italiano*).
- 13 T. Huc, *Commentaire Théorique & Pratique du Code Civil*, Paris, 1895, VII, ns. 143 e 144.
- 14 C. Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 1976, p. 173.
- 15 C. M. Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano 2014, p. 589.

Galgano, a sua volta, comprende che a *caso fortuito* corrisponde la nozione di fatalità, come, v.g., un terremoto o una tempesta. Egli indica inoltre che *forza maggiore* rappresenta qualcosa a cui non si può resistere, una forza della natura o un fatto terzo, come la decisione di un'autorità pubblica (*fatto del principe*)¹⁶, il che ci porta a pensare che esista somiglianza tra i concetti, considerato che esiste la forza della natura in entrambi gli istituti.

Vi è chi sostiene¹⁷ che il *caso fortuito* sia un fatto o un atto che non rappresenta la volontà dei contraenti, legato al comportamento umano, come gli scioperi, le guerre, le sommosse, ecc., e *forza maggiore* si riferirebbe invece ad eventi esterni o fenomeni naturali, ad es. terremoti, tempeste, fatto del principe (*factum principis*)¹⁸ ecc. La maggior parte della dottrina brasiliana afferma che *caso fortuito* e *forza maggiore* sono espressioni sinonime e che la differenza fra loro sia poco rilevante¹⁹. Tuttavia, sebbene il Codice Civile brasiliano affronti questo tema (art. 393) sulla stessa linea del codice precedente (art. 1.058) e apparentemente non discrimini, l'art. 734 dell'attuale codice tratta dell'esclusione di responsabilità del trasportatore in caso di *forza maggiore*, senza alcuna allusione al *caso fortuito*. Questo dispositivo, infatti, risponde alla teoria di Agostinho Alvim²⁰, secondo la quale il *caso fortuito* è un impedimento legato alla persona del debitore

16 F. Galgano, *Istituzioni di Diritto Privato*, Padova, sesta edizione, 2010, p. 158.

17 C. R. Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, 2 – *Teoria Geral da Obrigações*, 13ª ed., São Paulo 2016, p. 379.

18 C. A. Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed., Rio de Janeiro 2005, p. 692, definisce il *fait du prince* come “o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, por ato seu, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário.”

19 M. H. Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, São Paulo, 28ª ed., 2012, p. 403; A. Wald, *Direito Civil, Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 21ª ed., São Paulo 2012, p. 173; C. M. da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, *Teoria Geral das Obrigações*, Rio de Janeiro, 23ª ed., 2009, p. 346 e 347; O. Gomes, *Obrigações*, 16ª ed., Rio de Janeiro 2004, p. 176; W. de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 1ª Parte, 32ª ed., São Paulo 2003, p. 317; S. Rodrigues, *Direito Civil, Parte Geral das Obrigações*, vol. 2, São Paulo 2002, p. 239; C. A. Dabus Maluf, *Do caso fortuito e da força maior*, in Nery, Rosa Maria de Andrade; R. Donnini *Responsabilidade Civil, Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81-102.

20 *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1980, p. 330.

o alla sua azienda (*fortuito interno*) e la *forza maggiore* a un evento esterno (*fortuito esterno*).

Infatti, in un sistema incentrato sulla responsabilità civile soggettiva come il Codice Civile brasiliano del 1916, non era necessaria la distinzione tra *caso fortuito* e *forza maggiore*, poiché entrambi erano resi escludenti dal nesso di causalità. Tuttavia, con l'avvento della Costituzione Federale del Brasile (1988), del Codice di Difesa dei Consumatori (1990) e dell'attuale Codice Civile (2002), in cui la responsabilità oggettiva ha iniziato a ricoprire la maggior parte delle situazioni legate alla riparazione dei danni²¹, questa differenziazione è diventata indispensabile.

I tribunali brasiliani, adottando le nozioni di *fortuito interno* e *fortuito esterno*, hanno definito quando vi è *forza maggiore* (*fortuito esterno*), ossia, un fatto capace di escludere ogni eventuale responsabilità. Quando l'evento è inerente all'attività economica della società commerciale ed è incapace di escludere il nesso causale, viene configurato un *fortuito interno*²², dovendo così l'agente rispondere oggettivamente per il danno. Per-

21 “La regola generale del Codice della responsabilità civile soggettiva del Codice di 1916, seguita dal *caput* dell'art. 927 del vigente Codice, non si traduce più nella maggior parte dei casi in cui si chiede il risarcimento. A tal fine è sufficiente esaminare il sistema oggettivo di responsabilità civile adottato dal Codice della Tutela del Consumo, le ipotesi relative alle tematiche ambientali, il sistema oggettivo del comma unico dell'articolo in questione (art. 927) e le eccezioni previste dagli artt. 936/940 del Codice Civile, tra gli altri, per concludere che la regola è diventata applicazione della responsabilità oggettiva. Va notato che tutti questi casi di responsabilità senza colpa aumentano ancora di più quando si analizza se esiste o meno una differenza tra attività rischiosa e rischio dell'attività. Nel primo caso, ispirato all'art. 2050 del Codice Civile, l'attività pericolosa sarebbe quella esistente in situazioni di pericolo reale, di grande impatto (attività nucleare). Nel secondo caso (rischio di attività), il maggior numero di situazioni rientrerebbe nell'ambito della responsabilità oggettiva, poiché l'attività umana, per quanto offensiva possa sembrare, presenta rischi innegabili, come la vendita di cibo, bevande, medicinali, trasporti, tra gli altri, che, come si può vedere, in un rapporto di consumo fanno già parte del sistema di responsabilità oggettiva.” (R. Donnini in *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, arts. 927/954, vol. VIII, coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro 2013, p. 387/388).

22 Il Superior Tribunal de Justiça, no REsp 258707/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 22/08/2000, DJ 25/09/2000, ha definito il caso fortuito e la forza maggiore come segue: “*Segundo qualificada doutrina, que encontrou eco nesta Corte, caso fortuito é ‘o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes’, enquanto a força maior é ‘o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer; com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade.*” Sintesi 479 del STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos

tanto, *caso fortuito* e *forza maggiore* sono attualmente specie del genere *fortuito esterno* e il fatto inevitabile rimane estraneo all'organizzazione della società. Se, invece, dovesse esistere un rapporto tra l'evento e l'attività aziendale, anche se inevitabile, esso non costituisce una possibilità di non adempimento dell'obbligo, trattandosi di un evento considerato *fortuito interno*²³. Uno dei casi in cui la Corte Superiore di Giustizia (STJ Superior Tribunal de Justiça) ha deciso in questo senso, è stato quello del crollo del soffitto di un centro commerciale, causato da un fortissimo temporale, un evento, quindi, fuori norma ed inevitabile che ha provocato lesioni ad un consumatore. La Corte ha ritenuto si trattasse di *fortuito interno*, dato che sarebbe spettato al fornitore garantire l'integrità fisica del consumatore che è stato poi risarcito per i danni subiti secondo la responsabilità civile oggettiva della società²⁴ derivante dal rischio dell'attività, ai sensi dell'art. 14 de Codice di Difesa dei Consumatori (CDC).

A prescindere dalla discussione sulla differenziazione o meno di *caso fortuito* e *forza maggiore* perché queste due figure siano invocate è indispensabile che ci siano due requisiti: *necessità e inevitabilità*. La prima indica un evento di natura grave, che possiede, per la sua grandezza, il potere di rendere impossibile l'adempimento dell'obbligazione; il secondo impone l'inesistenza dei mezzi per evitare l'accaduto²⁵. Se queste ipotesi vengono soddisfatte, l'obbligo si estingue, senza che il debitore sia ritenuto responsabile delle perdite derivanti dall'evento, in quanto si tratta di un'adempienza involontaria dell'obbligo.

La situazione causata dalla pandemia della *Covid-19*, con l'imposizione della quarantena ed il divieto all'esercizio delle attività commerciali quasi totale e per un lungo periodo, soddisfa, in tesi, i requisiti di cui sopra, considerando che l'evento è grave e non vi era modo di fermarlo. Tuttavia, affinché il debitore si avvalga di quanto disposto per legge (Codice Civile Brasileiro, art. 393), è necessario dimostrare il carattere inevitabile, come, ad esempio, l'obbligo del debitore di consegnare al creditore un gran numero di attrezzature chirurgiche che sono state acquisite, nella loro totalità, dal Potere Pubblico, senza altra offerta. L'inadempienza del debitore che avrebbe dovuto consegnare questa merce entro il termine stabilito contrattualmente, sarebbe quindi giustificabile, consentendo la risoluzione del contratto, mediante restituzione del prezzo se già ricevuto, senza al-

grados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

23 Superior Tribunal de Justiça (STJ) – REsp 1450.434.

24 STJ – REsp 1.764.439.

25 C. M. da Silva Pereira, ob. cit., p. 347.

cuna multa o indennizzo per perdite o danni, in quanto si tratta di *fortuito esterno*, dovuto non solo alla pandemia stessa, ma soprattutto a decisioni del governo che hanno impedito, anche se temporaneamente, l'esercizio delle attività della società. Una situazione simile si verifica nella legislazione italiana (c.c., artt. 1463 e 1464 – sopravvenuta impossibilità totale o parziale della prestazione dovuta).

Non è diverso il caso di impossibilità a pagare il canone di affitto nei rapporti di locazione, siano essi residenziali o commerciali, quando la pandemia e le sue concrete conseguenze, di per sé, non sono argomenti capaci di provocare la risoluzione del contratto, a meno che non ci sia conferma che l'impossibilità dell'esercizio dell'attività abbia portato il locatario all'insolvenza, fatto che giustificherebbe la non incidenza della multa contrattuale e, come conseguenza, l'estinzione dell'accordo. Se, d'altra parte vi è impossibilità temporanea o parziale di rispettare il contratto, ma esiste una vera intenzione di rimanere nel rapporto *ex locato*, si giustifica la riduzione del canone per un certo periodo di tempo senza dimenticare, tuttavia, che il proprietario non può rimanere senza assistenza, sotto pena di causargli gravi danni, motivo per cui la riduzione deve essere basata su *ragionevolezza*²⁶ o *equità*, come stabilisce l'art.1374 del Codice Civile italiano.

4. *Revisione delle clausole contrattuali, risoluzione contrattuale, funzione sociale del contratto e buona fede oggettiva*

Sotto l'egida del Codice Civile brasiliano del 1916 e della Costituzione Federale del 1988, il principio della *forza obbligatoria dei patti*, sancito dalla massima *pacta sunt servanda* o dalla meno comune *contractus enim legem ex conventionem accipiunt*²⁷, veniva difeso dalla maggior parte della dottrina e applicato dai tribunali brasiliani con estremo rigore, salvo eccezioni, anche in varie situazioni ingiuste, disuguali e non equilibrate. Sebbene non ci fosse alcun dispositivo espresso da noi, che, sull'esempio

26 Nella sentenza della 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP, nel ricorso dello strumento n° 2069928-09.2020.8.26.0000, relatore il giudice Costa Wagner, con ragionevolezza, ha deciso la riduzione temporanea del canone di affitto del 50%.

27 Ulpiano, nel Digesto L. 1, § 6º: *contractus enim legem ex conventionem accipiunt* (i contratti ricevono legge dalla convenzione delle parti).

del *Code Napoléon* (art. 1134)²⁸ o del *Codice Civile italiano* (art. 1372)²⁹, stabilisse che i contratti legalmente costituiti hanno forza di legge per le parti, la loro applicazione derivava dalla teoria contrattuale classica, un *principio generale del diritto*.

Il principio della *forza obbligatoria dei contratti* era ed è l'essenza stessa delle convenzioni e continua ad essere fondamentale, poiché non avrebbe nessun senso stipulare contratti senza che ci sia un modo per costringere i contraenti al rispetto dell'obbligo³⁰. Tuttavia, vi è stato un cambiamento di paradigma più intenso, a partire dal Codice di Difesa del Consumatore (1990) e dell'attuale Codice Civile (2002), già delineato a partire dal testo costituzionale, una vera attenuazione dell'*intangibilità contrattuale*, che, come si vede, ha prevalso per quasi tutto il sec. XX. Alcuni dispositivi della nostra legge sui consumatori (art. 6°, V) e del Codice Civile (artt. 317 e 478) hanno iniziato ad ammettere espressamente la possibilità di revisione e risoluzione contrattuale in situazioni in cui fattori esterni ai patti, ritenuti straordinari e imprevedibili, potrebbero modificare la base giuridica contrattuale³¹.

Se vi era un impegno del Codice Civile brasiliano del 1916 riguardo la circolazione delle ricchezze, con scarso interesse nell'equilibrio tra prestazione e controprestazione, l'attuale legislazione cerca la cosiddetta *giustizia contrattuale*, poiché diverse disposizioni costituzionali e infracostituzionali³² richiedono trasparenza e correttezza nei rapporti contrattuali, evitando così il prevalere di misure sproporzionate che violano la buona fede og-

28 *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*".

29 *Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*".

30 Nell'antica Grecia, l'uomo giusto e retto era colui che adempiva ai suoi obblighi derivanti da un contratto. La nozione di correzione era legata, in un primo momento, al rispetto dei diritti dell'altra parte, con l'adempimento di quanto promesso. A proposito di questa azione giusta e corretta, esemplificata da Aristotele nella sua opera *Etica a Nicomaco*, V. 2.12, sfociata nella cosiddetta *iustitia commutativa*.

31 La cosiddetta *base oggettiva del negozio giuridico* viene violata quando non esiste il rapporto di equivalenza tra prestazione e controprestazione. V. Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1956, p. 224 e s.

32 CF, arts. 1°, III (dignità della persona umana), 3°, I (solidarietà) e 170, *caput* (giustizia sociale nell'ordine economico); CC, arts. 317 (revisione contrattuale), 421 (funzione sociale del contratto) e 422 (oggettiva buona fede), 478 (risoluzione contrattuale per imprevisto e eccessiva onerosità); e CDC (Código de Defesa do Consumidor) arts. 4°, *caput* (trasparenza nei rapporti di consumo) e inciso III

gettiva. Tuttavia, la possibilità di invocare, senza la dovuta giustificazione e in modo ingiustificato, la revisione dei contratti civili e commerciali, ha portato il legislatore brasiliano a stabilire che tali convenzioni sono presumibilmente paritarie diventandone così eccezionale e limitata l'alterazione. Si è inoltre privilegiata l'autonomia privata (art. 421, paragrafo unico, e art. 421-A ed i suoi incisi I/III del Codice Civile brasiliano)³³.

L'esistenza di un maggior rigore in quanto pattuito, tuttavia, non preclude la possibilità di risoluzione o revisione dei contratti in determinate situazioni di *imprevedibilità* nei contratti successivi, con modifiche a quanto è stato inizialmente previsto dalle parti, paragonato ad un momento posteriore, provocato da una causa esterna che lo porta a diventare iniquo, disuguale.

L'eccessiva onerosità sopravvenuta (*teoria da imprevisão – imprevidibilità*) ha origine nell'antica clausola *rebus sic stantibus*³⁴, che è l'abbreviazione della formula *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (nei contratti successivi o a termine determinato, il vincolo obbligatorio si intende subordinato al perdurare dello stato di fatto vigente al momento della stipula)³⁵, glossa medievale attribuita a Neratio. Prima di integrare la legge civile sostanziale brasiliana, la rara applicazione di questa teoria era condizionata ad alcuni presupposti, che continuano tuttora a sussistere: a) la validità di un contratto commutativo di esecuzione continuata; b) un cambiamento radi-

(buona fede e equilibrio contrattuale), 6º, V (modifica delle clausole con prestazioni sproporzionate ed eccessivamente onerose), entre outros.

33 Art. 421-A. “ Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”

34 La clausola *rebus sic stantibus* ha il seguente significato: “clausola” è una parola di origine latina, conclusione, disposizione, cosa si decide, cosa si conclude. *Rebus* è ablativo del plurale *res, rei* (cosa, evento, fatto, circostanza, fortuna, stato di cose). *Sic* è un avverbio, apocope di *sice* (così, in questo modo). *Stantibus* è un plurale ablativo del participio presente del verbo latino intransitivo *sto, stas, steti, statum, stare* (essere, conservarsi, mantenersi). In questo modo, *rebus sic stantibus* corrisponde a “stando così le cose” (Rogério Donnini, *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2001, p. 9).

35 A. Medeiros da Fonseca, em sua obra *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rio de Janeiro, 2a. ed., 1943, p. 14.

cale delle condizioni economiche oggettive al momento dell'esecuzione, paragonate a quanto accadeva al momento della celebrazione del contratto; c) onerosità eccessiva per uno dei contraenti ed eccessivo vantaggio per l'altro, cosa che accade normalmente, ma che è dispensabile; d) *imprevedibilità* e *straordinarietà* di tale cambiamento³⁶. Il requisito del vantaggio eccessivo per l'altro contraente non sempre è rispettato e non è essenziale, perché in situazioni straordinarie, come succede durante una pandemia, entrambe le parti spesso soffrono perdite.

Sebbene la possibilità di revisione o risoluzione contrattuale non si limiti alle ipotesi di *imprevedibilità* e *straordinarietà*, poiché la violazione delle *clausole generali* della *funzione sociale del contratto* e la *buona fede oggettiva* autorizzano anche tale rivendicazione³⁷, il Codice Civile brasiliano, in caso di evento imprevedibile, ne richiede prova. L'art. 317 di questo stesso statuto, che si occupa della revisione contrattuale³⁸, fa riferimento all'imprevedibilità, senza alcuna menzione ad un fatto straordinario, mentre l'art. 478, che tratta degli oneri eccessivi e della risoluzione contrattuale, racchiude entrambe le nozioni³⁹, ispirate all'art. 1467 del *Codice Civile* italiano. Gli eventi logicamente improbabili sono considerati imprevedibili, al di fuori della probabilità che possa essere verificata; straordinaria sarebbe una situazione che va oltre la normalità prevista dagli eventi, cosa che statisticamente succede raramente⁴⁰.

Nei rapporti privati (quelli regolati dal Codice Civile brasiliano), gli artt. 317 e 478 impongono la dimostrazione dell'evento imprevedibile per la revisione o la risoluzione del contratto. Tuttavia, lo stesso non succede nei rapporti con i consumatori, perché il Codice di Difesa dei Consumatori (CDC) non ha adottato la classica *teoria della clausola rebus sic stanti-*

36 M. H. Diniz, ob. cit., p. 184.

37 V. Nelson Nery Junior e R. M. de Andrade Nery, *Código Civil Comentado*, 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 724, e R. Donnini, *Revisão Contratual sem Imprevisão*, in *Revista do Advogado*, v. 98, p. 212-221, 2008.

38 Art. 317. “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

39 “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

40 C. G. Terranova, *Il Codice Civile – Commentario – L'eccessiva onerosità nei contratti – artt. 1467-1469*, Milano, 1995, p. 130.

bus, optando per una redazione più adeguata e contemporanea che esclude il criterio soggettivo di quanto sarebbe imprevedibile e inserendo solo le parole *sproporzione* ed *onerosità eccessiva*. Così l'art. 6º, nº V, consente la modifica delle clausole contrattuali che stabiliscono situazioni sproporzionate o la loro revisione a causa di eventi sopraggiunti che le rendono eccessivamente onerose. Nella prima ipotesi, il giudice può modificare una o più clausole che stabiliscono una situazione sproporzionata, che cioè può provocare uno squilibrio contrattuale, sia di prezzo sia di qualsiasi altro obbligo sproporzionato; nella seconda, vi è la possibilità di revisione giudiziale della clausola del prezzo, che era equa al momento della conclusione del contratto ed è diventata ora eccessivamente onerosa per il consumatore. Non si parla di fatti imprevedibili e straordinari. È sufficiente che ci sia sproporzione o squilibrio per causare un onere eccessivo.

La possibilità di revisione giudiziale del contratto non porta vantaggi solo al consumatore, poiché, se il citato art. 6º, nº V della legge dei consumatori brasiliana è incluso tra i diritti fondamentali del consumatore, il fornitore di prodotti o servizi può richiedere la modifica o la revisione della clausola che causa una onerosità eccessiva, in ragione delle disposizioni del § 2º dell'art. 51 dello stesso *codex*, e in virtù del principio della buona fede (art. 4º, nº III), che dovrebbe orientare i rapporti con i consumatori.

Nel Codice Civile brasiliano, in ogni modo, sebbene vi sia una espressa disposizione riguardo l'occorrenza di un fatto imprevedibile e la modifica di clausole contrattuali o la risoluzione di una convenzione (CC, artt. 317 e 478), vi è ancora la possibilità di revisione giudiziaria del contratto, senza che ci sia imprevedibilità ma solo sproporzione, squilibrio nel binomio, prestazione e controprestazione, causato da motivi esterni o derivanti dall'assunzione stessa, ma solo in via eccezionale secondo la funzione sociale del contratto (CC, 421). Si tratta di un inserimento inaudito in una codificazione civile in Occidente, che si occupa espressamente della clausola generale della funzione sociale dei contratti, che funge da limitatore della libertà contrattuale, derivante dal principio di solidarietà (Costituzione Federale del Brasile – CF, art. 3º, I) e della funzione sociale della proprietà (CF, art. 5º, XXIII e CC, 1.228, § 1º). Il comportamento che si richiede dalle parti in ambito contrattuale altro non è se non un'estensione di questo principio⁴¹, in quanto il contratto non può essere contemplato solo in

41 Dalla parola solidale (dal latino *solidarius*) nasce solidarietà, che significa obbligo reciproco tra le persone, che sono legate l'una all'altra e ciascuna da tutte le altre. Nello stesso senso, M. J. Sandel in *Justiça – O que é fazer a coisa certa*, trad. He-loísa Matias e Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro 2011, p. 277, afferma: “Diferentemente dos deveres naturais, as obrigações de solidariedade são particulares,

ambito economico. Si noti che è l'aspetto etico che lega un individuo alle responsabilità e agli interessi sociali, un vero comportamento incentrato sull'etica che abbia lo scopo di favorire altre persone in una determinata società. Pertanto, un contratto non è più ammesso senza che prevalga la sua concezione sociale, secondo un'idea di commutatività e di buona fede oggettiva. Pertanto, la funzione sociale del contratto serve come base affinché si effettui tra i contraenti un equilibrio, un rapporto equo, pena la revisione stessa dell'accordo.

La funzione sociale del contratto consente, inoltre, l'applicazione del *principio della conservazione dei contratti* nei rapporti tra privati⁴², regolati dal Codice Civile, rendendo possibile il mantenimento del contratto con il ripristino dell'equilibrio⁴³ a meno che il solo intento di uno dei contraenti sia la risoluzione. Anche in questa ipotesi, il sistema consente comunque il mantenimento del patto, a condizione che il convenuto nell'azione di risoluzione modifichi equamente le condizioni del contratto (CC, art. 479)⁴⁴. In prima istanza, però, considerata la funzione sociale dei contratti e della clausola generale di buona fede di cui sopra, vi è il dovere di rinegoziare⁴⁵.

La clausola generale di buona fede oggettiva (CC brasiliano, art. 422; Codice di Procedura Civile brasiliano CPC), art. 5°)⁴⁶, accanto all'imposi-

e não universais; elas envolvem responsabilidades morais que devemos ter não apenas com os seres racionais, mas com aqueles com quem compartilhamos uma determinada história. No entanto, diferentemente das obrigações voluntárias, elas não dependem de um ato de consentimento. Seu valor moral fundamenta-se, ao contrário, no aspecto localizado da reflexão moral, no reconhecimento do fato de que minha história de vida está implicada na história dos demais indivíduos.”

42 V. A. Guerra, *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos*, São Paulo 2016.

43 R. Donnini, *Responsabilidade civil pós-contratual*, 3ª ed., São Paulo 2011, p. 168.

44 Il Codice di Difesa del Consumatore (CDC) prevede all'art. 51, § 2, il principio di conservazione dei contratti: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

45 V. C. Xavier da Silveira Moreira, *O dever de renegociar em contratos de longa duração – De acordo com a Lei da Liberdade Econômica – à luz da pandemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19)*, São Paulo 2020.

46 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” v. R. Donnini, *Bona fides: do direito material ao processual*, *Revista de Processo (RePro)* n° 41, gennaio 2016, São Paulo, Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, p. 113/126, <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4597/3015>. Ulpiano, nel Digesto 1.1.10.1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Il primo precetto è la moralità (vivere onestamente), che ritrae accuratamente la moralità stoica, che elogia l'onestà come bene supremo. Per lo stoicismo la virtù è sopra ogni cosa ed è imposta dall'universo intero, dato

zione legale dell'interpretazione dei contratti secondo la buona fede (CC, art. 113)⁴⁷, autorizza inoltre la modifica delle clausole contrattuali divenute inique, ingiuste, visto l'eccessivo onere e la possibilità di un rapporto contrattuale divenuto sproporzionato per fattori esterni che al momento della celebrazione dell'accordo era equo. Ciò consente di invocare la clausola generale di buona fede, in quanto il fatto che si mantenga un contratto in una situazione di squilibrio economico-finanziario non può essere ignorato, specialmente se questo si verifica, come si può verificare attualmente durante questa pandemia, provocando un danno sociale.

Vista l'espressa possibilità di revisione delle clausole contrattuali nei rapporti del Diritto Civile o del diritto dei consumatori, nonché le clausole generali che l'autorizzano, non è stato necessario creare norme imperative specifiche a causa della pandemia, come avvenuto in Italia⁴⁸, sebbene esistano disposizioni legali che consentono sia l'offerta equa, in caso di risoluzione del contratto, prevista dall'art. 1467 c.c. (*La parte contro la quale si richiede la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*)⁴⁹, sia la rinegoziazione del debito, basata

che la natura è dominata dalla ragione e questa regola la natura dell'uomo. Quindi, ciò che corrisponde alla ragione pratica e alle concezioni dell'etica è, allo stesso tempo, naturale. Uomo giusto e corretto era colui che adempiva i suoi obblighi contrattuali. Agire con correttezza era legato al rispetto dei diritti dell'altro contraente, adempiendo a quanto promesso, concordato. Questa azione giusta, corretta e proporzionale ha prodotto la cosiddetta *iustitia commutativa* (H. Coing, *Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre., 2002, p. 42, 43 e 245). Nel diritto romano-giustiniano, *honeste vivere* ha assunto un significato più ampio, che includeva la buona fede (*bona fides*), l'idea di giustizia e anche di lealtà. In questo modo, la nozione di *bona fides* è collegata a *honeste vivere*, perché *honestus* è associato a *virtus* (a venire) e onore. Pertanto, *vir honestus* è tanto quanto *vir bonus* (uomo buono), cioè uno che agisce secondo l'onore civile, con la totale reputazione che ha davanti alla legge, il cui scopo è il bene della comunità. (J. Iglesias, *Direito Romano*, trad. da 18ª edição espanhola de Claudia de Miranda Avena, São Paulo 2012, p. 156).

47 “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

48 L'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 dispone: “All'articolo 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: «6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»”

49 L'art. 479 del Codice Civile brasiliano è stato ispirato nel Codice Civile italiano: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente

sulla buona fede oggettiva, come si può constatare sugli artt. 1175 (*Comportamento secondo correttezza*), 1367 (*Conservazione del contratto*) 1375 (Esecuzione di buona fede), 1450 (Offerta di modificazione del contratto – equità), 1464 (Impossibilità parziale) e 1664 (Onerosità o difficoltà dell'esecuzione), tutti del Codice Civile.

5. *Ragionevolezza ed equità nella decisione riguardante la revisione del valore del contratto*

Quando si parla di ragionevolezza, questa nozione, che non è ampiamente utilizzata nel Diritto Civile, viene spesso confusa con buona fede, fiducia, abuso del diritto o equità. Benché in diversi articoli del Codice Civile brasiliano sia presente la parola ragionevole (artt. 562, 606, 623, 1.530 e 1.807)⁵⁰, così come nel Codice Civile italiano (artt. 1469-bis, 1748, 1783

as condições do contrato.”

50 Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo *razoável* para que cumpra a obrigação assumida.

Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação *razoável*, desde que tenha agido com boa-fé.

Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização *razoável*, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra.

Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo *razoável* de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.

Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota de oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu. Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo *razoável* para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.

Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo *razoável*, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.

e 2426 c.c.)⁵¹, queste disposizioni legali trattano di “termine ragionevole”, “indennità ragionevole”, “compenso ragionevole”, “motivo ragionevole”, “certezza ragionevole”. In effetti, spesso si confonde il concetto di ragionevolezza con proporzionalità, buona-fede, abuso del diritto ed equità, o anche arbitrarietà, coscienza sociale e norma in bianco (vuota), quando invece si tratta di nozioni diverse.

La proporzionalità si attiene alla gradualità del provvedimento, ossia, al divieto di eccedenza, mentre la ragionevolezza tiene conto dell'analisi della compatibilità del caso concreto e della sua esigibilità in una determinata situazione. Ciò differisce dalla buona fede, perché mentre questa compren-

51 1469-bis Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore.

Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. In relazione al contratto di cui al primo comma, il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma. Si presumono clausole vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di...8) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza una *ragionevole* preavviso, tranne nel caso di giusta causa;

Art. 1748 Diritti dell'agente ed obblighi del preponente

Il preponente deve porre a disposizione dell'agente la documentazione necessaria relativa ai beni o servizi trattati e fornire all'agente le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto; in particolare avvertire l'agente, entro un termine *ragionevole*, non appena preveda che il volume delle operazioni commerciali sarà notevolmente inferiore a quello che l'agente avrebbe potuto normalmente attendersi. Il preponente deve inoltre informare l'agente, entro un termine ragionevole, dell'accettazione o del rifiuto e della mancata esecuzione di un affare procuratogli.

Art. 1783 Responsabilità per le cose portate in albergo

Gli albergatori sono responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal consumatore in albergo. Sono considerate cose portate in albergo:

3) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia sia nell'albergo, sia fuori dell'albergo, durante un periodo di tempo *ragionevole*, precedente o successivo a quello in cui il consumatore dispone dell'alloggio.

Art. 2426 Criteri di valutazione

Nelle valutazioni devono essere osservati i seguenti criteri:

...

11) i lavori in corso su ordinazione possono essere iscritti sulla base dei corrispettivi contrattuali maturati con *ragionevole* certezza;

de le nozioni di probità e lealtà⁵², oltre agli annessi doveri di protezione ed informazione, la ragionevolezza è legata invece all'efficienza economica o all'utilità. Essa è diversa anche dall'abuso del diritto, poiché si tratta del potere legittimo esercitato in modo eccessivo, violando la buona fede, mentre la ragionevolezza riguarda l'adeguatezza. Se l'equità è legata alla proporzione e all'equilibrio, la ragionevolezza fa parte del processo ermeneutico ed è considerata uno dei canoni dell'interpretazione, quando si mettono in relazione valori e interessi, adattandoli. L'equità, quindi è un criterio di decisione o può avere come scopo integrare un contratto, ed è stabilita dal legislatore, in rapporto ad un caso concreto (CPC brasiliano, art. 140; CPC italiano, artt. 113 e 114; art. 1374 c.c.).

La ragionevolezza, a sua volta, è lo strumento di controllo nell'applicazione della norma il cui obiettivo è quello di evitare incertezze, antinomie o contraddizioni al momento di interpretarla⁵³. Allo stesso modo in cui presenta differenze rispetto agli istituti precedenti, non è un atto arbitrario o una regola in bianco (vuota), poiché ha supporto legale.

La ragionevolezza, in questo modo, è un *principio generale del diritto* che ha come finalità la realizzazione di un criterio di correzione di un raziocinio pratico, la vera esperienza pratica, una miscela di buon senso, senso giuridico, ponderazione ed equilibrio, come misura di giustizia⁵⁴. Pertanto,

52 La parola *probo*, dal latino *probus*, è composta dal prefisso *pro* (avanti) e dal suffisso *bus*, del radicale pre-latino *bhu* (essere), che letteralmente significa “che è avanti”. Il vero significato e comunemente usato in latino è quello di abile, buono, coraggioso e impiegato in senso morale, come qualcuno che agisce con rettitudine, onestà, correttezza. La parola provare ha la stessa radice di *probo* (*probus*), cioè, quello che può provare, per essere una buona persona e, quindi, capace di provare qualcosa, contrariamente a quanto accade a una persona considerata *improbus*. (Ottorino Pianigiani, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, in <https://www.etimo.it/?term=probo&find=Cerca>). Chi agisce con probità è, di conseguenza, leale (dal latino *legalem*), persona che mantiene la parola data, sincera, incapace di ingannare. Lealtà, quindi, significa agire con probità, considerazione, cioè secondo i precetti che governano l'onore, qualcuno che è integro, onesto. Nello stesso senso di rispettoso, di rispetto, la cui etimologia deriva da *re* (di nuovo), più *spichere* (guardare), cioè guardare di nuovo, considerando l'atto da compiere.

53 G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015, p. 128.

54 Poiché il giusto valore del diritto è la giustizia, esso è concepito non come un mero rapporto formale di atti e attività umane, ma come una concreta unità di questi, per la costituzione del bene comune. Questa è la preconditione dell'intero sistema giuridico, nelle parole di M. Reale in *Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo 2010, p. 272). In questa stessa direzione, questo indottrinatore in *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, 5ª ed., 2003, p. 91, aggiunge: “Il diritto non è solo una norma, come vuole Kelsen, non è solo un fatto, come dicono i marxisti

la nozione di ragionevolezza, come già detto, rientra nel principio della legalità, in quanto la questione giudiziale e la decisione devono essere previste dalla legge e ciò che risulta è un'integrazione di valori che dipende dal momento storico⁵⁵.

È in accordo con questo tema la cosiddetta *logica del ragionevole*, di Luis Recaséns Siches, emersa come contrappunto alla logica giuridica meramente formale, che ha come intento quello di plasmare l'applicazione delle regole secondo la realtà del caso concreto, scegliendo la soluzione più ragionevole, tenendo conto gli eventi sociali, culturali ed economici, non allontanandosi dai criteri stabiliti dalla legge, ma con la finalità precipua di realizzare il valore della giustizia⁵⁶. In quanto tale il percorso ideale perseguito dal giudice inizia con il divieto del *non liquet*⁵⁷, passa per essere legalmente fondamentato, poiché il magistrato è soggetto alla legge concretizzata nell'invocazione di una regola o di un principio precisato

o gli economisti del diritto, perché il diritto non è economia. Il diritto non è produzione economica, ma coinvolge la produzione economica e interferisce con essa; il diritto non è principalmente un valore, come pensano i sostenitori del diritto naturale tomista, ad esempio, perché il diritto è allo stesso tempo una norma, un fatto ed un valore.”

È certo che la giustizia è un *dubium* e non un *certum*, motivo per cui non può essere trattata monologicamente, poiché la sua caratteristica centrale riguarda ciò che è equo, congruente, virtuoso, uguale. D'altra parte, in modo specifico, si riferisce alla congruenza relativa dell'essere umano. Da qui lo sforzo per la sua ricerca attraverso specie, come distributiva, diotica (rettificante, correttiva, commutativa e retributiva), tra le altre, come insegna Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, 2009, p. 168 e s.). v. R. Donnini, *Responsabilidade civil na pós-modernidade – felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*, Porto Alegre 2015, p. 26 e s.

55 V. G. Perlingieri, ob. cit., p. 16.

56 L. Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México, 1973. V. A. de Azevedo Gonzaga, *Lógica do Razoável*, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP* – <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbetes/62/edicao-1/logica-do-razoavel>

“Non è per caso che *ius* (diritto) sia il termine primario ed *iustitia* il derivato, perché nel Digesto (1.1.1.pr.) Ulpiano stabilisce questo collegamento: “*Iuri operate daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Iustitia appellatum è autam: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi*”. Poi (Digesto 1.1.1.1) afferma che i giureconsulti possono essere chiamati sacerdoti, poiché coltivano la giustizia e professano la conoscenza del bene e dell'equo (*bonum et aequum*), separando il giusto dall'ingiusto, distinguendo il lecito dall'illecito, oltre al fatto che aspirano a formare buone persone.” (R. Donnini, ob. cit., p. 34).

57 È un'espressione del diritto romano, applicata nei casi in cui il magistrato non aveva trovato una chiara risposta giuridica e, quindi, non era riuscito a decidere.

(clausola generale) o non precisato (principio generale del diritto)⁵⁸, senza tralasciare l'uso di entrambi, allo scopo di ricercare un *decisum* giusto, ancorato ad un ideale di giustizia⁵⁹.

In sintesi, la ragionevolezza è coerente con il giusto rimedio, soprattutto in assenza di una norma specifica. Così, la sua applicazione nella delimitazione della clausola generale di buona fede (CC brasiliano, art. 422), nella valutazione di ciò che è corretto (*correttezza* dell'art. 1175 del *Codice Civile*) è fondamentale, ragione per la quale vi è un legame reale tra ragionevolezza, buona fede e solidarietà. La ragionevolezza agisce anche nel momento della fissazione del valore per equità, poiché ha la funzione di evitare una distanza tra il diritto e la giustizia e di garantire che non vi sia discostamento dalla legge, con l'obiettivo di raggiungere un equilibrio di interessi. Si cerca, in questo modo, di verificare se il giudizio di equità è in rapporto ai termini del sistema in cui viene applicato, anche perché attualmente non vi è né nella dottrina italiana né in quella brasiliana, un'opposizione tra *ius*, *aequitas*⁶⁰ e ragionevolezza.

6. Conclusione

La pandemia causata dal *coronavirus* può provocare sia l'estinzione (risoluzione o inadempimento involontario degli obblighi) sia la revisione dei contratti, ma soprattutto vi è un dovere di rinegoziazione imposto alle parti.

Sebbene la dottrina nazionale e estera abbia sempre differenziato il *caso fortuito* dalla *teoria della eccessiva onerosità*, l'inevitabilità della situazione nel primo caso e l'imprevedibilità e straordinarietà nel secondo, entrambe le figure possono servire da supporto per il giustificabile inadempimento dell'obbligo, con la risoluzione del contratto, o per la modifica della clausola contrattuale per eccessivo onere, per la mancata restituzione dell'equilibrio contrattuale, mediante dimostrazione inequivoca, purché il debitore non sia in mora.

Tutto dipende, tuttavia, dal caso specifico. Se l'interruzione dell'attività commerciale o industriale risulta nell'impossibilità dell'adempimento degli obblighi, fatto inevitabile (*fortuito esterno*) come, per esempio, la cessazione nella consegna di input o materia prima, l'inadempienza della

58 Se precisato, diventa una clausola generale, altrimenti sarà un principio generale di diritto.

59 H. Coing, ob. cit., p. 350.

60 P. Perlingieri, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro 2008, p. 229.

obbligazione è giustificabile. D'altra parte però, nel caso il valore del prodotto o del servizio sia diventato eccessivamente oneroso, è necessaria una risoluzione o una revisione giudiziale (CC, artt. 317 e 478; CDC, artt. 6°, V e 51, § 2°, nella legislazione brasiliana; artt. 1175, 1375 e 1467 c.c.).

L'interruzione temporanea delle attività commerciali crea una situazione difficile da risolvere nei contratti di locazione di immobili commerciali e residenziali. Vi è un fatto inevitabile e molto meno previsto dalle parti che rende possibile ridurre temporaneamente il valore della locazione, soprattutto nel primo caso. Comunque, se c'è il desiderio da parte del locatario di rimanere nel rapporto locatizio, questi non dovrebbe avere dei vantaggi, considerato che non è responsabilità esclusiva del locatore sostenere la diminuzione del valore se fissata con equità e guidata dal principio di ragionevolezza, in modo da assicurare comunque un equilibrio delle perdite, ma al tempo stesso anche la conservazione del contratto.

L'evento notorio della pandemia, di per sé, non è base per l'incidenza di un caso fortuito esterno, della teoria delle circostanze impreviste o la pretesa riduttiva dell'importo contrattuale. È necessario provare l'inevitabilità e l'onerosità eccessiva, anche perché vi sono settori che non hanno subito delle perdite rilevanti in grado di giustificare l'inadempimento contrattuale, la risoluzione o la revisione di quanto concordato, ovvero la revisione dei cd. contratti aleatori, il cui rischio è insito nella natura, fatto che preclude qualsiasi pretesa in tal senso.

Ci deve essere buon senso e senso giuridico nelle situazioni di fortuito esterno o imprevedibilità, oltre al fatto che il giudice non deve dimenticare che il diritto e l'economia vanno analizzati insieme, visto il rischio che la crisi economica diventi ancora più grave.

Quando si stabilisce una possibile riduzione di una prestazione con equità, è indispensabile utilizzare il principio di ragionevolezza, in modo che non vi sia divario tra legge e giustizia, poiché la ponderazione, l'adeguatezza e l'equilibrio sono essenziali.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARÍA BELEN ANDREU MARTÍNEZ, docente di Derecho Civil e componente del CEBES (Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud) presso l'Università di Murcia (Spagna)

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, catedrático de Derecho Constitucional y catedrático Jean Monnet ad personam de Derecho Constitucional Europeo y Globalización presso l'Università di Granada (Spagna)

MARIA EUGENIA BARTOLONI, docente di Diritto dell'Unione Europea presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ROBERTA CATALANO, docente di Istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

GIANPIERO COLETTA, docente di Diritto Pubblico e Costituzionale presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

MARIA D'ARIENZO, docente di Diritto Ecclesiastico e Canonico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

ROLAND DODANI, docente di Diritto dell'Unione Europea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Luigi Gurakuqi" (Albania)

ROGÉRIO DONNINI, docente di Diritto Civile presso la Pontificia Università Cattolica di San Paolo (PUC-SP) - Brasile

ROSANNA FATTIBENE, docente di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Salerno

LUIGI FERRARO, docente di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", componente del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli

MATHEUS JACOB FIALDINI, Promotor de Justiça, Coordenador do Núcleo de Investigações do Ministério Público do Estado de São Paulo (Brasile)

ANIELLO FORMISANO, dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope

ANTONIO FUCCILLO, docente di Diritto Ecclesiastico presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ROSA GUARINO, Avvocato

MARIA PIA IADICICCO, docente di Diritto costituzionale e tutela dei diritti fondamentali presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

CARLO IANNELLO, docente di Diritto dell'ambiente presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

CELESTE LEITE DOS SANTOS, Promotora de Justiça, Dottore di ricerca in Diritto Civile presso l'Università di San Paolo (Brasile)

RAFFAELE MANFRELOTTI, docente di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

SERGIO MAROTTA, docente di Sociologia del diritto presso l'Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, componente del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli

FRANCA MEOLA, dottore di ricerca in Diritto presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, Avvocato

ANDREA PATRONI GRIFFI, Direttore del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (CIRB) di Napoli, docente di Diritto Pubblico e Costituzionale presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

MARIANNA PIGNATA, docente di Storia delle codificazioni presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

RAFFAELE RUBERTO, Prefetto di Caserta

JOSÉ RAMÓN SALCEDO HERNANDEZ, docente di Biodiritto e componente del *CEBES* (Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud) presso l'Università di Murcia (Spagna)

QUADERNI DI BIOETICA

1. *Il bambino che viene dal freddo. Riflessioni bioetiche sulla fecondazione artificiale*, a cura di A. Nunziante Cesàro, Franco Angeli, Milano, 2000
2. *Etica della salute e "terapie non convenzionali"*, Atti del Convegno di Napoli (29/30 novembre e 1° dicembre 2000), a cura di L. Melillo, Quaderno n. 1, Giannini, Napoli, 2002
3. *Ricerche di bioetica*, a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 2, Giannini, Napoli, 2004
4. *Medicina ed etica di fine vita*, Atti del Convegno di Napoli (22/24 aprile 2002), a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 3, Giannini, Napoli, 2004
5. *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 4, Giappichelli, Torino, 2005
6. *La cura delle donne*, Atti del Convegno di Napoli (27-29 ottobre 2004), a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 5, Meltemi, Roma, 2006
7. *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Quaderno n. 6, Giappichelli, Torino, 2010
8. Interuniversity Center for Bioethics Research, *Bioethical issues*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019

NUOVA SERIE

1. *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 1, Mimesis, Milano, 2012
2. *Identità in dialogo. La liberté des mers*, a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 2, Mimesis, Milano, 2012
3. *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, a cura di L. Chieffi e A. Postigliola, Quaderno n. 3, Mimesis, Milano, 2014
4. *Bioetica, ambiente e alimentazione*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 4, Mimesis, Milano, 2014
5. *Frontiere mobili. Implicazioni etiche della ricerca biotecnologica*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 5, Mimesis, Milano, 2014
6. *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi e J.R. Salcedo Hernández, Quaderno n. 6, Mimesis, Milano, 2015
7. *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, a cura di L. Ferraro, F. Dicé, A. Postigliola, P. Valerio, Quaderno n. 7, Mimesis, Milano, 2016
8. *Biosfera, acqua, bellezza. Questioni di bioetica ambientale*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 8, Mimesis, Milano, 2017
9. *Terzo tempo, fair play*, a cura di G. Valerio, M. Claysset, P. Valerio, Quaderno n. 9, Mimesis, Milano, 2017
10. *Dignità, libertà e ragione bioetica*, a cura di E. D'Antuono, Quaderno n. 10, Mimesis, Milano, 2018
11. *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 11, Mimesis, Milano, 2018
12. *Il biosistema tra tecnica ed etica. Nuove questioni di bioetica ambientale*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 12, Mimesis, Milano, 2018

13. Giovanni Chieffi, *Bioetica e complessità. Il punto di vista di un biologo*, Quaderno n. 13, Mimesis, Milano, 2020
14. Francesco Paolo Casavola, *De hominis dignitate. Scritti di bioetica*, a cura di Lorenzo Chieffi e Francesco Lucrezi, Quaderno n. 14, Mimesis, Milano, 2019
15. Pasquale Giustiniani, Lorella Parente (a cura di), *Diritti umani e diritti dell'ambiente. Verso nuovi confronti*, Quaderno n. 15, Mimesis, Milano, 2020
16. Raffaele Prodomo, *25 anni di bioetica a Napoli*, Quaderno n. 16, Mimesis, Milano, 2020
17. Gianluca Attademo, Carmela Bianco, Pasquale Giustiniani, Francesco Lucrezi (a cura di), *Sotto il segno della razza. Lo sterminio dei bambini. Giorno della Memoria 27 gennaio 2020*, Quaderno n. 17, Mimesis, Milano, 2021
18. Lorenzo Chieffi (a cura di), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, vol. 1, Quaderno n. 18, Mimesis, Milano, 2021

*Finito di stampare
nel mese di giugno 2021
da Digital Team - Fano (PU)*