

La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale

*Il fine non giustifica ogni mezzo**

di Francesca Rescigno – Professoressa associata di Istituzioni di Diritto Pubblico e Diritto delle Pari Opportunità – Dipartimento Scienze Politiche e Sociali – Università di Bologna

ABSTRACT: The paper deals with the Italian regulatory situation in the Corona virus emergency by proposing a reflection, both on the regulatory choices made by the government and also about the necessary balance of rights that seems to have been set aside in the emergency. Finally, the contribution focuses on the worrying decision by the Italian government to prolong the state of emergency beyond the real needs. It is the Author's belief, that ignoring the constraints of the source of law system and the relationship between fundamental rights by entrenching behind the emergency, constitutes a danger for the democratic system. The end (even if commendable) does not always justify the means.

SOMMARIO: 1. La paura, l'emergenza e le garanzie dei diritti fondamentali. – 2. Costituzione e diritti fondamentali: la regola del bilanciamento. – 3. La pericolosa metamorfosi dell'emergenza in normalità: il fine non giustifica ogni mezzo.**

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista. Il contributo si colloca nell'ambito del forum sull'emergenza CoViD-19.

** Scrivo queste riflessioni conscia del momento difficile che il nostro Paese ha attraversato e sta ancora vivendo. Ho riflettuto a lungo prima di farlo osservando le vicende istituzionali e le decisioni prese dal Governo e dagli altri attori istituzionali. Come le altre cittadine e cittadini italiani ho sofferto la forte compressione dei miei diritti fondamentali e come giurista ho avvertito il peso e il pericolo dell'allontanamento dalle garanzie costituzionali che ci proteggono. Come donna non mi sono stupita, ma certo indignata, per il poco coinvolgimento femminile nella gestione della crisi (solo il 12 maggio 2020, nel momento dell'ingresso nella fase 2, finalmente il Cts e la Task Force sono stati integrati con esperte donne). Come madre ho potuto toccare con mano lo smarrimento delle nostre figlie e figli di fronte a misure

1. La paura, l'emergenza e le garanzie dei diritti fondamentali

Sono trascorsi alcuni mesi dalla fatidica data del 31 gennaio 2020, quando il Consiglio dei ministri ha adottato la delibera recante “*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*”¹, ma la situazione normativa, sociale ed economica del Paese si presenta ancora decisamente ‘inquieta’. Prima di questa Dichiarazione collegiale vi erano stati alcuni interventi del Ministro della Salute volti al controllo dei passeggeri dei voli provenienti dalla Cina e successivamente indirizzati a vietare i voli in arrivo dalle zone interessate dal Coronavirus. Questo virus che sta ‘infettando’ le nostre vite in realtà era già noto prima del 31 gennaio ma non era evidente la sua diffusione sul nostro territorio.

La Dichiarazione del Consiglio dei ministri viene adottata “visto” il d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, e “in particolare” gli artt. 7, comma 1, lett. c), e 24, comma 1. E proprio il primo articolo della delibera dichiara che lo stato di emergenza nazionale è proclamato “*ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*”, così come il comma 2 del medesimo articolo chiarisce che quelli da adottare durante lo stato di emergenza sono gli “*interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1*”, quindi lo stato di emergenza trova la sua giustificazione nel Codice della protezione civile, si configura quale stato che ha rilievo nazionale e presenta conseguenze giuridiche e limiti temporali. Non si tratta di un atto al di sopra di ogni controllo per il solo fatto che viene invocata un'emergenza nazionale per cui la deliberazione *ex art. 24* del d. lgs. n. 1 del 2018 è sindacabile perché i suoi presupposti sono stabiliti dalla fonte primaria, e la loro esistenza è accertabile da parte del giudice. Ai sensi del comma 1 dello stesso art. 24, infatti, la

drastiche per loro non sempre comprensibili, e ho avvertito quanto poco i loro interessi siano stati tenuti in considerazione dai nostri governanti. Come figlia mi sono preoccupata della salute e dell'isolamento dei miei genitori “diversamente giovani”. Come lavoratrice ho provato lo smarrimento del c.d. *smart working* che di *smart* ha proprio poco, ed infine vivendo con un medico ho avuto un osservatorio privilegiato (di cui avrei fatto a meno) sulla gestione pratica di questa emergenza che mi ha decisamente disorientata. Per tutto questo, ed anche perché ritengo che esercitare una riflessione a tratti critica ma costruttiva su quello che stiamo vivendo rappresenti una testimonianza di democrazia, ho deciso di scrivere queste pagine, non certo per polemizzare, ma per confrontarmi con me stessa e con colleghe/i, amiche/i nella speranza che anche il mio piccolo contributo possa aiutare ad uscire da una situazione emergenziale che a mio parere non può comunque giustificare l'adozione di qualsiasi mezzo giuridico.

¹ Cfr. Gazzetta Ufficiale, Serie generale, 1° febbraio 2020, n. 26.

dichiarazione può essere adottata solo “*sulla base dei dati e delle informazioni disponibili*”, dati che devono dimostrare la sussistenza dei “*requisiti di cui all’articolo 7, comma 1, lettera c)*”².

Questo primo provvedimento – che ha fissato in sei mesi la durata dell’emergenza – è stato seguito da un intervento del Governo che con il Decreto Legge n. 6 del 23 febbraio 2020, recante *Misure urgenti per il contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19* (poi convertito con la Legge n. 13 del 2020), ha autorizzato il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della sanità, sentiti i Ministri dell’interno, della difesa, dell’economia e finanze, e gli altri ministri competenti (art. 3), ovvero altre autorità competenti (art. 2), ad adottare le misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19³. Si potrebbe obiettare che, seppure discutibile dal punto di vista giuridico-formale, questa era comunque la strada obbligata da percorrere mancando nella nostra Carta fondamentale una regola esplicita rispetto allo stato di emergenza, infatti l’articolo 78 riconosce lo stato di guerra ma non quello di emergenza per il quale appare necessario rivolgersi al Codice della protezione civile. In realtà le madri e i padri della nostra Costituzione avevano previsto strumenti idonei a fronteggiare situazioni di emergenza e tra questi troneggia l’istituto del decreto legge, soluzione di garanzia che unisce all’immediato intervento del potere esecutivo nel momento della necessità il successivo coinvolgimento del Parlamento attraverso la conversione ed anche la rassicurante garanzia del Presidente della Repubblica nel momento della promulgazione. Nulla impedisce che si ricorra più volte a questo strumento per arginare una situazione di emergenza che si manifesta in fasi diverse e con molteplici profili, in modo da continuare a mantenere operativo il rapporto tra i poteri dello Stato ed evitare decisioni unilaterali. Tuttavia, malgrado la nostra Carta costituzionale offra questa concreta possibilità di maneggiare l’emergenza, si è deciso di privilegiare l’agile ed incontrollato strumento dei DPCM ‘*ratificati*’ sostanzialmente di tanto in tanto da alcuni decreti legge⁴.

² In tal senso cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile 2020.

³ L’art. 1, al 1° comma, dispone che “*le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica*”, enucleando poi in maniera non tassativa al 2° comma le misure che possono essere adottate. Il difetto di tassatività e la generica tipizzazione di quelle misure è evidente anche nel momento in cui l’art. 2 dispone che “*Le autorità competenti 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’articolo 1, comma 1*”.

⁴ Tra i vari DPCM adottati si ricordano in particolare il D.P.C.M. del 1 marzo 2020 che ha disposto, «*allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus SARS-COV2-2019/2020*», per n. 11 Comuni compresi tra Lombardia e Veneto, il «*divieto di allontanamento...di tutti gli individui comunque ivi presenti*», nonché il «*divieto di accesso*» nei

La questione non è, come si potrebbe erroneamente pensare, una questione di pura forma riservata ad intrattenere i teorici e noiosi giuristi, ma è invero molto concreta e riguarda ogni singolo cittadino della Repubblica i cui diritti fondamentali sono stati duramente colpiti dal coacervo di interventi che si sono susseguiti dal 31 gennaio fino ad oggi. Innanzitutto è doveroso notare come il primo decreto legge approvato, benché richiami la disciplina del “Codice della protezione civile”, vi deroga stabilendo una casistica non tassativa per l’adozione dei provvedimenti limitativi di libertà costituzionalmente garantite, lasciando più che ampi margini di intervento alle autorità locali e regionali. Ancora, le indicazioni contenute nel decreto-legge in questione risultano generiche e non rispettano la tassatività (o determinatezza) che la riserva di legge impone, anche agli stessi decreti-legge. Infine, il tutto è reso ancor più grave dal fatto che la violazione delle misure di contenimento conduceva alla sanzione penale *ex* articolo 650 del Codice penale, previsione questa talmente ingiustificabile che il successivo intervento ad opera del Decreto Legge n. 19 del 25 marzo 2020 ha derubricato le sanzioni da penali in amministrative.

A partire dal Decreto Legge n. 6 del febbraio 2020 si è dunque ufficializzata la stagione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri spesso accompagnati o seguiti da interventi di singoli ministri e da provvedimenti locali che hanno creato in poco tempo una vera ‘giungla’ normativa o sub-normativa all’interno della quale è apparso da subito assai arduo muoversi⁵. Lo stesso Decreto Legge n. 6 che avrebbe dovuto costituire il fondamento dei successivi interventi normativi mostrava, come già accennato, una discreta confusione che ha facilitato l’affermazione in via informale di una serie di nuove ‘fonti del diritto’ quali le dichiarazioni del Comitato di esperti,

medesimi territori; successivamente, il D.P.C.M. del 8 marzo 2020, ha previsto, «*allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus Covid-19 nella Regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio dell’Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia*», all’art. 1, comma 1, lett. a), di: «*evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all’interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza*»; il giorno seguente, 9 marzo 2020, sempre con lo strumento del D.P.C.M. ed «*allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus*», sono state, poi, «*estese all’intero territorio nazionale*» (art. 1, comma 1) le misure di cui all’art. 1 del D.P.C.M. del 8 marzo 2020, ivi compresa, quindi, quella innanzi trascritta e concernente la compressione del diritto di libertà di circolazione e soggiorno sancito dall’art. 16 della Costituzione.

⁵ Sull’excursus delle misure concernenti l’emergenza Covid-19 rimando alle puntuali ricostruzioni effettuate da B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020 e M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 3/2020, 28 aprile 2020. E in generale si rimanda all’Osservatorio Emergenza Covid-19 della Rivista online *Federalismi.it* che monitora la produzione normativa in tempo reale.

le affermazioni della Task force, fino alle *frequently asked questions* pubblicate sul sito del Governo⁶. Ancora, assai grave è il fatto che il Decreto stabilisca una casistica non tassativa per l'adozione dei successivi provvedimenti limitativi delle libertà costituzionalmente garantite, potendo così aggirare le riserve di legge costituzionali poste a salvaguardia di tali libertà⁷.

Le fonti del diritto presentano una struttura chiara e in tale contesto esiste un preciso rapporto tra fonti primarie e provvedimenti attuativi che servono proprio a dare attuazione ad una legge o atto avente forza di legge statale influenzando così il sistema delle fonti del diritto ed anche la forma di governo, con particolare riguardo ai rapporti tra Parlamento ed esecutivo. Accade spesso che una fonte primaria non risulti di per sé integralmente *self-executing* per cui presenta al contempo sia disposizioni “auto-applicative” sia disposizioni che necessitano di attuazione mediante atto secondario. Infine, come noto, i nostri diritti fondamentali dovrebbero poter essere compressi solo nel rispetto delle riserve di legge poste dalla Costituzione a loro salvaguardia.

La situazione emergenziale causata dalla diffusione del Covid ha registrato quindi una sostanziale confusione e commistione delle fonti del diritto con una alternanza di DPCM, decreti legge e pareri assortiti in cui risulta oltremodo complesso verificare quale atto stia ‘sanando’ o ‘attuando’ il precedente⁸.

È chiaro che il periodo emergenziale ha privilegiato strumenti normativi o para-normativi contraddistinti dal vantaggio di una più rapida adozione e di una forma più snella rispetto ai decreti legge o alle stesse leggi ordinarie, ma, pur comprendendo la volontà di agire presto e bene, resta il

⁶ È evidente che queste diverse tipologie di atti e informazioni non possono essere considerate effettivamente quali ‘fonti formali del diritto’, tuttavia è risultato altrettanto manifestamente, come nel momento dell'emergenza, lo stesso Governo si sia riferito a questi atti per chiarire i comportamenti da tenere nell'interesse della comunità. Inoltre, si evidenzia come gli atti adottati dall'esecutivo si siano basati essenzialmente sulle consulenze del Comitato Tecnico Scientifico, organo certamente prezioso per lo studio del virus e della sua diffusione, ma non idoneo all'assunzione di decisioni politiche volte alla compressione dei diritti fondamentali.

⁷ Il Decreto Legge n. 6 ha dunque fornito all'esecutivo la “base legale” per i successivi DPCM limitativi delle libertà individuali anche se è assai probabile che, pur basandosi sul Decreto legge, i provvedimenti presi non rispondano effettivamente alla riserva di legge poiché esso si riferisce espressamente alle sole “zone rosse” (quelle interessate da focolai di contagio) per cui al massimo le restrizioni sarebbero state legittime solo in tali zone. L'estensione delle limitazioni a tutto il territorio nazionale è avvenuta con un successivo DPCM, quindi un atto amministrativo, una fonte secondaria, ciò in contrasto con il dettato costituzionale.

⁸ In questo stato normativo confusionale molti sono stati i dubbi sollevati dagli studiosi e non solo, così il Governo è ricorso nuovamente allo strumento del decreto legge procedendo all'adozione dei Decreti n. 19 e n. 20 del 2020, interventi costituzionalmente appropriati che non hanno però sancito la fine degli altri atti già ricordati e i cittadini italiani si sono trovati a destreggiarsi tra decreti legge, autocertificazioni, DPCM e limitazioni dei propri diritti di libertà senza avere una precisa bussola normativa ad orientarli.

dubbio sul sacrificio perpetrato nei confronti della riserva di legge e soprattutto verso i nostri diritti di libertà. Il rischio inoltre è che questo precedente possa in futuro giustificare, in condizioni analoghe, il riproporre tale procedura di limitazione di libertà costituzionali tramite fonti secondarie, indipendentemente da una reale emergenza.

Il problema in effetti può essere spostato dalle fonti utilizzate alla loro giustificazione, e cioè quale sia stato il fattore determinante che ha guidato l'agire delle nostre istituzioni in questo periodo e quale messaggio sia stato veicolato alle cittadine e ai cittadini italiani. Ritengo che in questi mesi sia apparso con sufficiente chiarezza come la nostra produzione normativa, comunque manifestata, avesse effettivamente un forte e forse unico comune denominatore e cioè la paura.

La paura quale fonte del diritto non può considerarsi una assoluta novità e seppure appaia necessario lasciare il beneficio del dubbio, per cui forse non era questo l'intendimento del nostro governo in una situazione a dir poco inaspettata, tuttavia è pur vero che far leva sulla paura funziona sempre. Una vita completamente libera dalla paura è probabilmente impossibile da costruire, dato che la paura è uno stimolo naturale che presenta anche aspetti positivi. La paura ci protegge infatti dai pericoli, veri o presunti, è un'emozione ancestrale, sviluppata in tempi lontanissimi come reazione a pericoli molto concreti e visibili quali le bestie feroci o gli agenti atmosferici. *“Se un tempo la paura aveva un nome preciso, nel mondo contemporaneo essa si scatena da cause apparentemente serie, ma di fatto è una forma di continua insicurezza, di vulnerabilità, di sensazione di essere perennemente esposti a pericoli che possono arrivare da qualunque parte, senza più difese”*⁹. Ci siamo evoluti, siamo diventati esseri 'superiori' avvezzi alla tecnologia e ad affrontare il mondo con le armi della ragione, ma la paura non è scomparsa, anch'essa si è evoluta con noi poichè, a ben vedere, essa non dipende realmente – o almeno non solo – dai pericoli effettivi che ci circondano, ma è il frutto della nostra percezione di pericolo, e come tale fa parte di noi.

Lo Stato moderno nasce anche per fronteggiare la paura, esso si fonda su uno scambio, su un *pactum subiectionis*, cioè la promessa di protezione del Leviatano di Hobbesiana memoria in cambio della cessione della libertà dei singoli. Anche Machiavelli sottolinea la valenza politica della paura nelle pagine del Principe, là dove le qualità dell'uomo di potere appaiono misurate

⁹ Si esprime così Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2008.

sull'attitudine a procurare soddisfazione dello spontaneo ed elementare bisogno umano di protezione dei sudditi.

La paura quale fonte degli interventi normativi non è scomparsa con la fine delle Guerre Mondiali e la stigmatizzazione del nazifascismo e del sovietismo ma ha assunto contorni nuovi e forse ancor più pericolosi rispetto al passato. Oggi la paura sembra divenire un fatto sociale, nel senso che sono gli altri a dirci che cosa deve farci paura, non ci sono più le fiere che vogliono cibarsi di noi e nemmeno i nemici con elmetto e moschetto, e allora le nostre paure vengono determinate dalla struttura delle relazioni con altri che stabiliscono quali ansie dobbiamo provare in un determinato contesto storico-politico¹⁰. La paura diviene uno strumento politico-istituzionale quando a dirci cosa temere sono i politici e i governanti, e di conseguenza riappare -impropriamente- tra le fonti del diritto mettendo a rischio l'equilibrio raggiunto dallo stato democratico¹¹.

Certamente è importante non stigmatizzare del tutto la paura, cadendo nel paradosso di "aver paura della paura", in quanto la paura può avere risvolti positivi anche nel campo giuridico: ad esempio per quanto concerne il Diritto Penale (ma non solo) è proprio la paura di incorrere nelle sanzioni ad alimentare i comportamenti virtuosi dei cittadini, tuttavia se in questo senso astratto la paura non sembra rappresentare un elemento problematico per il diritto, il penalista sa che spesso lo stesso diritto penale viene utilizzato dai decisori politici per finalità altre, cioè si alimenta la paura in quanto tale, magari sulla base di obiettivi elettorali e sul presupposto che oramai conti non più la realtà, ma ciò che della realtà viene percepito o si intenda far percepire¹².

Paura e diritto hanno quindi un legame strutturale, ma è necessario che la paura non diventi il sistema 'ordinario' di predisposizione delle regole del vivere insieme e soprattutto che non venga utilizzata per mortificare i diritti fondamentali. La manifestazione del virus Covid-19 ha reso doverosi interventi rapidi ed incisivi, il nostro Governo ha scelto, come già evidenziato, la strada dei DPCM, atti di cui è responsabile il Presidente del consiglio dei ministri, sentiti altri responsabili

¹⁰ Cfr. N. Elias in *Potere e civiltà*, Bologna 2010.

¹¹ Basta riflettere sull'abbinamento tra immigrazione e criminalità, sull'idea che i "barconi degli immigrati" siano il vettore della criminalità o peggio del "terrorismo islamico". Se già da sola l'immigrazione incontrollata ci spaventa, l'accostamento tra immigrato e terrorista può destabilizzarci ancor più profondamente e queste paure possono essere usate per guadagnare consenso politico senza troppa fatica.

¹² In tal senso cfr. O. DI GIOVINE, *Dal «diritto della paura» al «diritto alla paura»*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2019, 1 (giugno), 93 ed anche G. MANNOZZI, *Il "ruolo" della paura nel diritto penale e nelle scelte di politica criminale*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, n. 1, 275.

politici (ministri e presidenti di regione), senza alcun intervento formale né del Presidente della Repubblica, né del Parlamento; accanto a tali atti si sono collocate ordinanze, direttive, decreti di varie autorità: dal Governo, alla Protezione civile, dai Presidenti di regione, ai Sindaci. Tutto questo si è affermato al di là e purtroppo al di sopra del dato costituzionale quale espressione di un potere *extra ordinem* legittimato dallo stato di necessità e soprattutto dalla paura¹³. Non si vogliono certo sottovalutare le esigenze che hanno guidato l'azione del Governo in una situazione di fatto pericolosa, ma allo stesso tempo appare necessario delimitare il più possibile – nel tempo e nel contenuto – ogni possibile deroga o sospensione della legalità ordinaria.

Come è stato giustamente rilevato non ci troviamo in uno stato di guerra ex articolo 78 della Costituzione, poiché per avere una guerra è necessario un conflitto tra esseri umani e non una 'battaglia' tra umani e natura; non ci troviamo nemmeno in uno stato d'assedio, possibilità questa non riconosciuta dal nostro ordinamento e riconducibile allo stesso stato di guerra, così come non possiamo pensare di esserci improvvisamente trasformati in una dittatura poiché non c'è stata una reale e formale sospensione dei poteri e degli equilibri costituzionali e non sono stati nemmeno riconosciuti i c.d. 'pieni poteri' al Presidente del Consiglio; ed infine non ci troviamo nemmeno nello schmittiano *stato d'eccezione*¹⁴. Ma, se abbiamo ragionevoli certezze di ciò che non è, nutriamo più dubbi sul definire in che stato ci troviamo e perché i nostri diritti fondamentali siano stati così fortemente compressi.

Ci troviamo in uno stato di emergenza, o per meglio dire ci trovavamo in uno stato di emergenza il 31 gennaio quando veniva adottata la prima Dichiarazione governativa, ma considerando che l'emergenza non era causata da un'invasione nemica bensì dalla diffusione di un virus era plausibile attendersi che una possibile compressione dei nostri diritti fondamentali, se effettivamente necessaria, avrebbe avuto una durata ragionevole e direttamente connessa all'approntamento dei mezzi necessari per fronteggiare al meglio l'emergenza sanitaria. La compressione è, viceversa, continuata fino ad apparire "scollegata" dalla concreta gestione dell'emergenza stessa, molti, anzi troppi, diritti fondamentali sono stati 'sospesi' e lo sono stati attraverso atti che la Carta

¹³ La questione, anche volendo giustificare l'operato dell'esecutivo, emerge con preoccupazione rispetto alla possibilità che quanto avvenuto in questo frangente possa essere riproposto in altre circostanze definite più o meno emergenziali, mortificando dunque la separazione dei poteri, l'equilibrio costituzionale e i nostri diritti fondamentali. In merito a questa riflessione cfr. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione, Editoriale*, in *Costituzionalismo.it*, Fasc. 1, 2020.

¹⁴ Su queste considerazioni si veda nel dettaglio quanto chiaramente espresso da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile 2020.

costituzionale non riconosce idonei a tale scopo, il tutto in nome della paura del contagio e delle sue letali conseguenze. La paura ha funzionato e anche i divieti più inconcepibili sono stati (anche se non da tutti) supinamente accettati, trasformandoci in un popolo di delatori pronti a denunciare il vicino di casa reo di aver passeggiato oltre la ‘ragionevole distanza’. Così, tra le vittime collaterali ed invisibili di questa emergenza sanitaria, che è stata anche una grande emergenza libertaria, va annoverata anche la logica giuridica poiché quando il dispositivo generalizzato della paura, da deterrente psicologico, si trasforma in canone privilegiato di giudizio, in guida pressochè indiscussa dell’intervento normativo, è il momento per il giurista di scegliere se opporsi a questa situazione o giustificare qualsiasi intervento rinunciando al proprio ruolo di mediatore tra l’ordinamento astratto e la realtà. La logica della paura impone così la paura della logica e chi vorrebbe – anche nel momento emergenziale – il rispetto dei canoni della logica giuridica, delle regole costituzionali, si scontra con l’enunciazione di valori astratti, drammatiche suggestioni, come la conta dei deceduti o le immagini dei malati. Si rischia così di dimenticare che il binomio “Paura - Diritti sospesi” costituisce un assunto giuridicamente e socialmente molto, troppo pericoloso, anche più dello stesso virus.

2. Costituzione e diritti fondamentali: la regola del bilanciamento

L’emergenza, ma soprattutto la paura dell’emergenza, ha indotto i nostri governanti a limitare fortemente alcuni dei nostri diritti fondamentali, prima fra tutte la nostra libertà personale ex articolo 13 Cost., ma anche la nostra libertà di circolazione e soggiorno ex articolo 16 Cost., come pure quella di riunione persino nei luoghi privati; mentre veniva altrettanto duramente mortificata la libertà confessionale sospendendo ogni tipologia di funzione religiosa, colpito profondamente il diritto all’istruzione che è stato dirottato su esperimenti telematici decisamente poco convincenti in un Paese ancora fortemente arretrato dal punto di vista delle infrastrutture digitali¹⁵. Ma anche tutte

¹⁵ Sulla didattica on line appaiono significativi i risultati di una recente indagine "*La scuola digitale per la Generazione Z*", promossa da *Terre des Hommes e ScuolaZoo* su un campione di 5.000 studenti delle scuole secondarie italiane. I ragazzi sono stati intervistati sull’impatto che l'emergenza Covid-19 sta avendo su di loro e quali scenari futuri si aspettano per la loro vita. Ciò che è emerso è che con l’uso della DAD si sono acuite disuguaglianze e isolamento didattico mettendo, di fatto, a repentaglio il diritto allo studio e l’accesso ad un’istruzione di qualità. Sebbene il 97,8% degli studenti intervistati abbia seguito le lezioni online, solo il 10% crede che questo abbia migliorato

le attività giurisdizionali non urgenti sono state sospese ledendo il fondamentale diritto di difesa, per non parlare delle attività culturali come musei, cinema, teatri (non più fruibili se non attraverso pallidi simulacri online), proseguendo con le limitazioni concernenti l'iniziativa economica attraverso la chiusura di tutte le attività non considerate essenziali per fornire beni di prima necessità, per finire con la compressione del diritto di proprietà impedendo di accedere a seconde case o a beni posti a distanza dalla propria residenza o domicilio. Siamo stati offesi nella nostra sfera più personale ed inviolabile, ci è stato persino impedito di portare conforto a chi si trovava in situazioni di difficoltà sanitarie, così come la possibilità di porgere l'ultimo saluto a chi se ne è andato per sempre.

La sospensione dei diritti fondamentali in vario modo collegati alla nostra libertà personale è stata giustificata affermando la volontà di impedire la lesione di un altro diritto fondamentale e cioè il diritto alla salute ex articolo 32 della nostra Costituzione. Orbene è ormai noto che non esiste una classifica dei diritti fondamentali e che, anche se alcuni appaiono più di altri essenziali per costruire l'impalcatura costituzionale, come ad esempio il principio di eguaglianza o i principi personalista e pluralista, la regola comune che si applica per la coesistenza dei diritti è quella del bilanciamento. La necessità di bilanciare principi o diritti costituzionali ha come presupposto il fatto che principi o diritti siano tutti sullo stesso piano e che possano in alcune occasioni anche confliggere tra loro, ossia si verifichi una situazione in cui due o più diritti non possano essere soddisfatti contemporaneamente e quindi sia necessario decidere, per il singolo caso concreto, quale diritto debba prevalere ed eventualmente in che modo debba essere esercitato. "Bilanciare" i diritti potrebbe apparire ambiguo ma è effettivamente necessario in molte situazioni e il concetto di bilanciamento rappresenta una metafora illuminante, rimanda cioè all'idea di decisioni sagge ed equilibrate anche se certamente ciò che deve essere pesato nel caso del diritto non è qualcosa di quantificabile e misurabile e può essere difficile stabilirne con certezza la gravità, mentre è più semplice verificare quanto danno provochi la compressione di un diritto fondamentale. L'evocativa

la qualità dell'apprendimento mentre per il 42,4% questa è peggiorata. Rispetto alla fase 2 dell'emergenza, gli intervistati sperano che la scuola torni presto alla normalità, abbandonando il sistema della didattica online. Solo una minoranza (due studenti su 10) pensa che anche quando si tornerà alla normalità, la didattica a distanza potrebbe avere una qualche utilità. Questo dato appare particolarmente significativo poiché i ragazzi nonostante siano immersi costantemente nell'ambiente digitale, reclamano come una necessità insostituibile vivere dei rapporti sociali fatti di vicinanza e di presenza, anche da parte della comunità educante. Sui dati citati cfr. <https://www.perugiatoday.it/formazione/gli-studenti-non-credono-nella-didattica-on-line-ecco-perche-secondo-un-indagine-online.html>

immagine della bilancia spiega quale discrezionalità debba guidare l'azione del Legislatore per fare convivere con il maggior equilibrio possibile diverse situazioni egualmente meritevoli di riconoscimento. Il bilanciamento dovrebbe essere opera del Legislatore, o per meglio dire di un Legislatore 'ragionevole' nel momento in cui fissa le regole della comune convivenza, e in secondo ordine del giudice che le interpreta. Notevoli criticità si manifestano dunque quando il bilanciamento non viene operato dai soggetti deputati ad agire con prudenza e ragionevolezza, bensì da chi tali atti dovrebbe eseguire, lasciandosi guidare non dalla cautela, ma magari, come nel caso presente, da una forte pressione emotiva.

La strada dei DPCM e dei successivi decreti legge approvati sostanzialmente per avvallare gli atti del Presidente del Consiglio è stata dunque non tanto quella del prudente e ragionevole bilanciamento tra alcuni diritti fondamentali, quanto quella della postulata prevalenza assoluta del diritto alla salute (peraltro interpretato in modo tanto restrittivo quanto, *ipso facto*, arbitrario) su qualsiasi altra situazione soggettiva¹⁶.

Si evidenzia come, nelle moderne democrazie occidentali, il tema della salute si trovi al centro di un ampio dibattito che investe sia la società civile che le istituzioni pubbliche: da una parte, infatti, i cittadini sono diventati sempre più consapevoli che la qualità della loro vita dipende anche da un sistema sanitario efficiente ed efficace, in cui le strutture preposte rispondano con servizi adeguati ai loro bisogni; dall'altra parte, lo Stato ha già da tempo inserito tra le sue priorità quella relativa alla salute assumendosi il compito di organizzare gli strumenti e le risorse per offrire trattamenti

¹⁶ Sulla concreta possibilità di bilanciare il diritto alla salute ex articolo 32 Cost. con altri diritti costituzionali giova richiamare la giurisprudenza costituzionale concernente il destino dell'Ilva. In particolare la Consulta nella Sentenza n. 82 del 2013 aveva parlato di "*ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso*", precisando che "*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*" (cfr. Sentenza n. 264 del 2012). *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*". In quest'ottica appare necessario garantire "*un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto*". E' pur vero che sempre rispetto alla questione Ilva la Corte sembra avere, almeno parzialmente, modificato la propria ottica con la Sentenza n. 58 del 2018, ove cerca di smantellare la contrapposizione tra le ragioni dell'economia e le ragioni del diritto, o meglio, nel caso specifico del diritto alla salute della persona.

sanitari all'altezza delle esigenze dei singoli. Sotto la dicitura “diritto alla salute” si ricomprendono una serie di diritti e di doveri sia degli individui che dello Stato; tale insieme è il risultato alquanto recente di un processo iniziato molto tempo fa. Nei secoli scorsi, infatti, la salute era un fatto assolutamente individuale: essa non assurgeva al rango di diritto e quindi gli individui non potevano pretendere alcun intervento pubblico né per la sua realizzazione né per la sua tutela. Oggi la tutela del diritto alla salute dell'individuo è affidata, in primo luogo, agli organi legislativi e giurisdizionali nazionali, e, in modo congiunto e simmetrico, ma a volte anche in modo prevalente e predominante, ad organi sovranazionali e internazionali. Questa tutela multilivello è diretta conseguenza del rango di diritto primario e inviolabile che è stato riconosciuto al diritto alla salute nei moderni sistemi costituzionali occidentali, tra cui quello italiano, e in alcuni sistemi sovranazionali ed internazionali. Nell'ambito di queste previsioni si nota come il nostro Paese, grazie all'articolo 32 della Costituzione, sia stato per lungo tempo l'unico ad avere una Carta fondamentale che “*nel conferire rilievo costituzionale agli interessi collegati con la salute dei cittadini, ne abbia dato una disciplina compiuta*”¹⁷. La discussione in Assemblea Costituente mise subito in luce il legame inscindibile tra la salute e la piena ed integrale realizzazione sia della libertà che dell'eguaglianza degli individui e vennero anticipate importanti questioni quali l'autodeterminazione del paziente, il rapporto con il medico, l'interruzione di gravidanza, per cui inevitabilmente si manifestarono contrapposizioni ideologiche.

In realtà la definizione del concetto e del relativo diritto alla ‘salute’ che emerge dall'articolo 32 è alquanto complessa poichè questa previsione sembra andare al di là della distinzione tra libertà negative e positive essendo i profili di astensione del potere pubblico intrecciati con la necessità di erogare prestazioni¹⁸, ma anche al di là della differenza tra norme programmatiche e norme precettive poiché la parte immediatamente applicativa è inscindibilmente legata con quella che richiede ulteriori adempimenti legislativi. Vale la pena inoltre ricordare che la sanità attualmente risulta gestita principalmente a livello regionale così come la protezione civile rientra tra le competenze concorrenti tra Stato e Regioni. Le Regioni gestiscono l'organizzazione sanitaria, ma lo fanno con le risorse attribuite loro dallo Stato, definite tramite il c.d. “Patto per la salute”, sulla base dei livelli essenziali di assistenza sanitaria (LEA), stabiliti con Decreto del Presidente del Consiglio

¹⁷ Cfr. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista infortuni*, 1961, I, 1, oggi in C. MORTATI, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano 1971, 435.

¹⁸ Cfr. F. SULLO, Seduta dell'Assemblea Costituente del 24 aprile 1947, in *Atti Assemblea Costituente*, II, 1214.

dei ministri, previo accordo con la Conferenza Stato-Regioni. Il quadro quindi dei rapporti Stato-Regioni nella materia tutela della salute si presenta alquanto articolato.

Sotto la sintetica espressione “diritto alla salute” si rinvencono una “pluralità di situazioni soggettive assai differenziate tra di loro” e per questo il “diritto alla salute” si presenta quale “figura giuridica complessa” che individua molteplici posizioni soggettive¹⁹.

Rispetto al diritto alla salute appare complesso anche distinguere tra il contenuto del diritto e gli strumenti di attuazione dello stesso poiché la salute, a differenza di altri diritti costituzionali, non è riconducibile strettamente ad un *facere o non facere*, ad una attività giuridica o materiale, ma è effettivamente “uno stato”, una condizione di benessere, un valore percepito dal soggetto che dipende da molteplici fattori esterni ed interni rispetto al soggetto stesso, uno stato che si cerca di mantenere nel tempo²⁰.

Il diritto alla salute è un diritto della persona ma anche un diritto per le persone (“...*interesse della collettività*”) per cui non è indifferente l’atteggiamento del singolo nei confronti della propria salute quando le scelte possano avere conseguenze negative per la collettività; individualità e socialità sono i due caratteri essenziali del diritto alla salute, tra essi non è possibile tracciare una priorità logica né un ordine qualitativo ma convivono all’interno del diritto alla salute influenzandosi e compenetrandosi vicendevolmente. La salute è uno degli elementi che contribuiscono alla realizzazione della persona e per questo la sua protezione è affidata alla convergenza di azioni e strumenti diversi²¹. La salute è un diritto ma non solo, essa è un bene, un valore, che contribuisce a definire la persona operando secondo il principio di eguaglianza. Questo diritto prevede sostanzialmente due livelli fondamentali di garanzia: il primo, quello della ‘garanzia negativa’, consiste nella pretesa che i terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole nei confronti della nostra salute; il secondo, di ‘garanzia attiva’, si estrinseca nella pretesa

¹⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Salute. Diritto alla Salute – Dir. Cost.*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 5. Nello stesso senso cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, nuova serie – n. 1, 1983, 22 e D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002. Ancora, parte della dottrina si riferisce al diritto alla salute come ad un “fascio di diritti”, cfr. L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, n. 4, 2513 o ad una “categoria concettualmente polisemica nella quale convergono e confluiscono, tutto sommato armonicamente, antiche e consolidate necessità (la salute come igiene pubblica) e nuovi e più raffinati diritti”, cfr. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA, C. SARTORETTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Salute e sanità*, Milano, 2010, 18.

²⁰ Cfr. A. PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, 2003, 59.

²¹ Rispetto alla definizione di salute elaborata dall’OMS nel 2011 definisce la salute quale «*capacità di adattamento e di auto gestirsi di fronte alle sfide sociali, fisiche ed emotive*».

dell'individuo all'utilizzabilità, così come al rifiuto, di qualsiasi mezzo terapeutico esistente e necessario per la tutela della salute stessa²².

La breve e certamente non esaustiva ricostruzione effettuata ci mostra un diritto dalle molte sfaccettature in cui convivono la dimensione prettamente individuale con quella collettiva. Ma anche l'interprete più rigoroso, seppure convinto dell'importanza di questo diritto fondamentale, non può realmente affermare che ad esso spetti una posizione di assoluta prevalenza nel panorama dei diritti fondamentali: anche il diritto alla salute può infatti essere oggetto di bilanciamento sia rispetto ad altri diritti, che nell'ambito del confronto tra la salute di soggetti diversi²³. Come si spiega dunque l'assoluta supremazia affermata nei confronti del diritto alla salute nel momento dell'emergenza legata al virus? Ma soprattutto, siamo certi che ciò che si è cercato di proteggere con gli atti che si sono susseguiti in questi mesi sia stato effettivamente il diritto alla salute e non una sua distorta interpretazione che non valeva effettivamente il sacrificio né delle nostre libertà fondamentali, né del ruolo istituzionale del Parlamento?²⁴. In realtà nell'affermazione apodittica della superiorità ad ogni costo del diritto alla salute rispetto a qualsiasi altro diritto non tutto risulta chiaro. Se effettivamente il pensiero principale dei nostri governanti è stato quello di preservare la salute non solo della collettività, ma di ognuno di noi, imponendoci una sorta di stato di detenzione domiciliare, sottraendoci ai nostri affetti e al lavoro, stigmatizzando persino la possibilità di una passeggiata con i nostri bambini o additando quali pericolosi criminali gli ormai famigerati 'untori-

²² Cfr. A. SIMONCINI– E. LONGO, *Commento all'articolo 32 Cost.*, IN R. BIFULCO-A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Vol. I Artt. 1-54. Torino, 2006, 655 ss.

²³ Esempio emblematico di questo bilanciamento può considerarsi la Sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 18 febbraio 1975 che dichiarò l'incostituzionalità dell'articolo 546 del Codice penale (aborto procurato) nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando il proseguimento della gestazione implicasse danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. Una conclusione raggiunta attraverso l'utilizzo del modello logico dello "stato di necessità" poiché la Consulta opera un giudizio di bilanciamento fra opposti diritti. Riguardo al tema del concepito, si affermò "il fondamento costituzionale" della sua tutela, ancorata all'articolo 31 secondo comma della Costituzione (protezione della maternità) e più in generale all'articolo 2, che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", fra i quali, "non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito". Nei confronti della madre la Corte richiamò sia l'articolo 31 che l'articolo 32 della Carta costituzionale, bilanciando le posizioni della madre e del figlio osservando che "non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare".

²⁴ Durante la stesura di queste pagine il Parlamento ha continuato ad essere il grande assente dell'emergenza, si sono infatti registrate solo alcune 'folcloristiche' proteste da parte dell'opposizione che si è dichiarata pronta ad 'occupare' le Camere giorno e notte per riappropriarsi delle proprie funzioni, che a dire il vero nessuno gli ha mai formalmente tolto. Più grave invece la decisione in fieri di marginalizzare ancora il ruolo parlamentare prevedendo un parere preventivo dell'organo legislativo per i futuri DPCM, parere di cui il Premier potrà tenerne conto nella misura che riterrà più opportuna. Decisamente condivisibili le critiche espresse da G. GUZZETTA, *Le bugie di Conte Orwell: il Parlamento ridotto a barboncino del capo*, in *Il Riformista*, 12 maggio 2020.

runner', allora non si spiega come mai nel momento stesso in cui i DPCM sguainavano le armi del distanziamento sociale contro il virus, si siano mandati i medici di famiglia, i medici ospedalieri e in generale tutto gli operatori sanitari *a la guerre comme a la guerre*, senza gli idonei dispositivi di protezione individuale (DPI), senza istruzioni, insomma un'armata Brancaleone destinata, come purtroppo abbiamo constatato, a subire ingenti e intollerabili perdite. Allo stesso modo appare opportuno riflettere sugli ospiti delle Residenze Sanitarie Assistenziali, soprattutto persone anziane il più delle volte non autosufficienti, a cui improvvisamente è stato negato qualsiasi contatto con le famiglie, qualsiasi incontro con i famosi *congiunti* e, considerando i numeri dei decessi, una sia pur minima attenzione alla protezione del loro diritto alla salute. Appare infine inutile e pleonastico soffermarsi sulla protezione del diritto alla salute dei detenuti e degli immigrati presenti nei centri di accoglienza. Sembrerebbe dunque che nell'emergenza sanitaria si siano affermati diritti alla salute differenziati a seconda dei soggetti: così il diritto alla salute di un soggetto diabetico che necessita, proprio per mantenere uno stato di salute accettabile, di movimento quotidiano soccombe se bilanciato con il rischio-contagio della collettività, ma allo stesso tempo il diritto alla salute – o meglio il diritto alla vita – degli operatori sanitari viene immolato sull'altare di un superiore diritto alla salute della collettività da cui evidentemente gli operatori sanitari restano esclusi, causando un vero e proprio cortocircuito logico-giuridico perché, sacrificando coloro che dovrebbero salvaguardare il diritto alla salute di tutti, si mette pericolosamente a rischio proprio la possibilità generale di cura e protezione. Per giustificare questa paradossale gestione della vicenda si è affermato tutto e il contrario di tutto, e intanto fondamentali garanzie costituzionali sono state sospese da atti governativi senza che nemmeno si tentasse di abbozzare un intervento del Legislatore; certo più volte il nostro Presidente del Consiglio dei ministri ha dichiarato di assumersi la personale responsabilità di tutti gli atti che adottava, tuttavia, visto che la Costituzione è ancora vigente, vale la pena ricordare come non esista alcuna previsione costituzionale che imponga tale sua responsabilità di fronte ai cittadini, mentre la Carta si limita a prevedere il compito per il Presidente del Consiglio di mantenere l'unità di indirizzo politico e amministrativo interna al governo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri, imponendogli di dirigere la politica generale del governo e di esserne responsabile, assieme al governo stesso, di fronte alle Camere, responsabili invece dinanzi al corpo elettorale²⁵. Insomma, non avevamo e non abbiamo alcun

²⁵ In tal senso cfr. la precisa e preziosa ricostruzione di M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai*

bisogno dell'uomo forte con i pieni poteri, ma piuttosto di una gestione limpida della situazione sanitaria che specificasse e specifichi, dati alla mano, le reali motivazioni sanitarie che hanno imposto o potrebbero ancora imporre il sacrificio temporaneo di alcuni diritti di libertà per consentire di approntare tutti i mezzi necessari ad affrontare e contenere il virus.

3. La possibile e pericolosa metamorfosi dell'emergenza in normalità: il fine non giustifica ogni mezzo

La compressione di alcuni diritti fondamentali senza l'intervento garantista del Legislatore e del Presidente della Repubblica in nome di un superiore diritto alla salute è stata dunque imposta attraverso la logica della paura, una paura sapientemente orchestrata a partire dalle immagini del caos degli ospedali, degli operatori sanitari stremati nelle brevi pause durante i turni massacranti, fino ad arrivare ai camion che mestamente trasportavano i defunti verso ignote destinazioni. La paura si è impossessata di ognuno di noi e intanto alla confusione normativa si è aggiunta quella della proliferazione incontrollata degli organismi responsabili della concreta gestione dell'emergenza sanitaria, non solo il Presidente del Consiglio e i Ministri ma, ai sensi dell'art. 122 del Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (tramite decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 18 marzo 2020), il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19: il dottor Arcuri²⁶, ma anche la *task force* presieduta dal manager dottor Colao, composta da 17 esperti e

tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 3/2020, 28 aprile 2020.

²⁶ Al commissario e alla sua struttura spettano, secondo quanto stabilito dal Presidente del Consiglio le seguenti incombenze: gestire ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria, programmando e organizzando le attività, individuando i fabbisogni, indirizzando le risorse umane e strumentali e procedendo all'acquisizione e alla distribuzione di farmaci, delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuale, in raccordo con il Capo del Dipartimento della Protezione Civile. Provvedere al potenziamento delle strutture ospedaliere, anche mediante l'allocatione delle dotazioni infrastrutturali, con particolare riferimento ai reparti di terapia intensiva e subintensiva, alla requisizione di beni mobili e immobili e attuare interventi utili per preservare e potenziare le filiere produttive dei beni necessari per il contrasto e il contenimento dell'emergenza. Ancora provvedere alla costruzione di nuovi stabilimenti e alla riconversione di quelli esistenti per la produzione di beni, anche organizzando la raccolta di fondi occorrenti e definendo le modalità di acquisizione e di utilizzazione dei fondi privati destinati all'emergenza. Al Commissario compete anche 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 e tutte le operazioni di controllo e di monitoraggio dell'attuazione delle misure. Provvede poi alla gestione

competente soprattutto per l'organizzazione della c.d. fase 2, ed accanto a queste figure più conosciute e visibili, dal 31 gennaio sono state ben 15 le istituzioni create al fine di garantire un approccio "lineare" e concreto nell'affrontare il virus²⁷. Si sono così miscelati in maniera inestricabile i pareri tecnici e le decisioni politiche mentre le affermazioni degli esperti virologi conducevano alla mortificazione dei nostri diritti fondamentali sospesi, annullati a partire dalle libertà individuali fino a quelle economiche passando per i diritti sociali. Il *mantra* del "distanziamento sociale" ha minato le nostre relazioni personali, le nostre certezze, ha separato nonni e nipoti, privato i credenti del conforto dei riti religiosi, piegato l'economia e stravolto le nostre esistenze per un tempo troppo lungo. In effetti tra le tante criticità dei DPCM e delle varie ordinanze emanate dalle varie autorità emerge anche la loro efficacia definitiva, a differenza di quanto invece saggiamente previsto per il decreto legge²⁸. Nessuno ha mai potuto sapere quanto sarebbe durata effettivamente l'emergenza, ed anche ora, mentre ci attende un' indefinita fase 2, resta lo spettro di un possibile ritorno alle misure più restrittive, se non coercitive, nel caso in cui un Comitato o un Ministro ne ravvedano la necessità. Questa situazione di bilico, incertezza e

coordinata del Fondo di solidarietà dell'Unione europea (FSUE) e delle risorse del Fondo di Sviluppo e Coesione destinato all'emergenza. Il Commissario collabora con le Regioni e le supporta nell'esercizio delle relative competenze in materia di salute. Su richiesta delle Regioni stesse, può adottare in via d'urgenza i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni tipo di emergenza.

²⁷ La prima creazione da parte del ministero della Salute il 22 gennaio quando l'emergenza non era ancora scoppiata, prevedeva la presenza del Dg Prevenzione e di altre direzioni competenti, Nas, Iss, Spallanzani, Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera, Aifa, Agenas e consigliere diplomatico. Poi ci sono i 15 componenti del comitato tecnico-scientifico, istituito con decreto del Capo Dipartimento Protezione Civile n. 371 del 5 febbraio 2020. Nove componenti di base, integrati con "qualificati esperti del settore". Il giusto spazio va dato anche alla cabina di regia Governo, enti locali, parti sociali, che si è riunita finora in videoconferenza alla presenza del ministro degli Affari regionali, Francesco Boccia (oltre 40 componenti). Di cabina di regia ce n'è anche un'altra ed è quella della fase 2, presieduta dal ministro Boccia e composta da Speranza, tre presidenti di Regione (Fontana, Bonaccini e Musumeci) e tre sindaci (Decaro, Pella e Raggi). Poi c'è la task force emergenze del ministero dell'Istruzione, già attiva ma ripensata per Covid e riunita il 24 febbraio dalla ministra Azzolina con dirigenti, rappresentanti Protezione civile, pediatri, referenti territoriali del ministero e degli studenti. Di 35 componenti è composta invece la task force liquidità per il sistema bancario, istituita dal decreto cura Italia tra ministero dell'Economia, ministero dello Sviluppo economico, Bankitalia, Abi, Mediocredito Centrale e Sace. Poi c'è la task force dati con 76 componenti – divisi in otto sottogruppi – agli ordini della ministra Pisano e quella contro le *fake news* istituita dal sottosegretario alla presidenza del consiglio con delega all'editoria Andrea Martella. La rassegna prosegue con i nove componenti del gruppo di lavoro sulla finanza sostenibile per agevolare l'accesso delle imprese green al credito, che fa capo al ministro dell'Ambiente Sergio Costa. La ministra della famiglia Elena Bonetti ha anche lei un suo *team* di "donne per un nuovo rinascimento": sono in 13. Poi c'è la struttura di supporto al commissario Arcuri che ha 40 componenti, quella del MIUR per il dopo emergenza (15 componenti), quella per le carceri (40 componenti) e quella per la giustizia (altri 20). Questa costruzione ai limiti del delirio è ben illustrata da un articolo di M. PERRONE apparso sul Sole 24ore il 18 aprile 2020.

²⁸ In tal senso il Presidente emerito della Corte Costituzionale Annibale Marini ha affermato che: "*esiste un vizio nel fondamento costituzionale del Dpcm Conte e anche una irregolarità di contenuto poiché la compressione di un diritto di libertà va circoscritta nel tempo. Il Dpcm avrebbe dovuto fissare termini finali differenziati nelle singole misure di sospensione dei diritti di libertà. Invece non lo ha fatto*". Cfr. intervista al Presidente emerito Annibale Marini, Adnkronos, 29 aprile 2020.

paura non appare più giustificabile, è necessario che la Costituzione torni ad essere “la bussola dell'emergenza”²⁹. E' chiaro a tutti, senza per questo credersi insigni virologi, che il virus è ancora presente, che per ora non ci sono cure certe né tantomeno un vaccino, per cui potremmo domandarci a cosa doveva servire la sospensione dei nostri diritti fondamentali. L'unica risposta logica e coerente è quella che lo Stato (ogni Stato) doveva prepararsi per approntare la miglior risposta possibile del proprio sistema sanitario alla gestione del virus, nell'attesa, speriamo breve, del momento in cui cure e vaccino diventino disponibili. Il tempo trascorso è stato decisamente lungo, e questo potrebbe indurre a trasformare l'emergenza in normalità realizzando una metamorfosi kafkiana davvero temibile e terribile.

Il totem del diritto alla salute non può continuare ad essere utilizzato per mortificare gli altri diritti fondamentali, anche perché ogni diritto presenta molteplici articolazioni interne e può essere esercitato in varie modalità, così, all'interno del generale diritto alla salute si trovano una serie di diritti alla salute satelliti (uno per tutti: il diritto a tempi di attesa certi per interventi chirurgici necessari, ancorché non motivati da emergenze) che risultano essere stati oltremodo compressi in questo momento di emergenza considerando che l'intero sistema sanitario nazionale ha dato l'assoluta prevalenza al contingentamento del virus. Questa scelta non può protrarsi all'infinito mortificando lo stesso diritto alla salute nelle sue differenti declinazioni.

Il modo in cui è stata affrontata questa crisi reca con sé molte incognite e potrebbe manifestarsi la tentazione di trasformare questa gestione *extra ordinem* dell'emergenza in “abnorme normalità”, sospendendo ancora, e per un tempo indefinito, le garanzie costituzionali in nome dell'efficienza di gestione. Ci si muove su un crinale molto pericoloso e anche il meritorio fine di preservare la salute di ognuno di noi da un virus sconosciuto non può giustificare l'uso di ogni mezzo giuridico o politico al di là e al di sopra dell'impianto costituzionale, ma anzi proprio la circostanza per cui la nostra convivenza con il virus dovrà protrarsi purtroppo per un periodo di tempo ancora non quantificabile rende necessaria una gestione ‘costituzionale’ di questa situazione, ormai non più

²⁹ In tal senso si veda quanto giustamente affermato dalla Presidente della Corte Costituzionale Marta Cartabia che ha ricordato: “*La piena attuazione della Costituzione richiede un impegno corale, con l'attiva, leale collaborazione di tutte le Istituzioni, compresi Parlamento, Governo, Regioni, Giudici. Questa cooperazione è anche la chiave per affrontare l'emergenza. La Costituzione, infatti, non contempla un diritto speciale per i tempi eccezionali, e ciò per una scelta consapevole, ma offre la bussola anche per navigare per l'alto mare aperto nei tempi di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini*”. Cfr. intervista alla Presidente Marta Cartabia, AGI, 28 aprile 2020.

rubricabile quale emergenza, perché è bene ricordare che quando sono in discussione i nostri diritti fondamentali il fine non giustifica ogni mezzo.